



Asamblea General

Distr. limitada
15 de julio de 2022
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo I (MIPYME)

38° período de sesiones

Viena, 19 a 23 de septiembre de 2022

Acceso de las microempresas y pequeñas y medianas empresas (MIPYME) al crédito

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
Antecedentes	3
Anexo	
I. Introducción	5
II. Las MIPYME y sus necesidades de financiación en distintas etapas	10
III. Fuentes de financiación al alcance de las MIPYME	13
A. Apoyo de familiares y amigos	14
B. Mecanismos de endeudamiento	16
1. Tarjetas de crédito	16
2. Microcrédito	17
3. Cooperativas de crédito	18
4. Crédito comercial	19
5. Arrendamiento financiero	22
6. Instituciones financieras públicas (es decir, instituciones financieras de propiedad del Estado)	23
7. Financiación de capital circulante	24
C. Mecanismos de capital	27
1. Inversión de capital por “padrinos empresariales”	27
2. Capital de riesgo	28



D.	Mecanismos de tecnofinanzas	30
1.	Introducción	30
2.	Ejemplos de algunos mecanismos de tecnofinanzas para el acceso al crédito	34
IV.	Medidas para facilitar el acceso de las MIPYME al crédito	39
A.	Un marco legislativo que favorezca los mecanismos de endeudamiento para aumentar el acceso de las MIPYME al crédito	40
1.	Normas internacionales en vigor	40
2.	Aspectos que cabría mejorar en el futuro.	47
B.	Un marco legislativo que favorezca los mecanismos de capital para ampliar el acceso de las MIPYME al crédito	61
1.	Constitución y funcionamiento de las empresas	61
2.	Inscripción registral de empresas	62
C.	Otras medidas para reforzar el acceso de las MIPYME al crédito	64
1.	Sistemas de garantías de crédito	64
2.	Medidas para facilitar la evaluación de la solvencia de las MIPYME.	74
3.	Apoyo a la reestructuración de MIPYME con problemas financieros.	80
4.	Procedimientos y mecanismos para solucionar controversias sobre el acceso al crédito.	81
5.	Transparencia.	88
6.	Medidas para subsanar los escasos conocimientos financieros de las MYPE.	93

Antecedentes

1. En su 52º período de sesiones, celebrado en 2019, la Comisión convino en profundizar y completar la labor del Grupo de Trabajo I destinada a reducir los obstáculos jurídicos que afectaban a las microempresas y pequeñas y medianas empresas (MIPYME) en todo su ciclo de vida con orientaciones sobre el acceso de las MIPYME al crédito y solicitó a la secretaría que comenzara a preparar proyectos de texto a fin de que el Grupo de Trabajo los examinara (véase también el párr. 7)¹.
2. En su 36º período de sesiones (Viena, 4 a 8 de octubre de 2021), el Grupo de Trabajo comenzó a deliberar sobre el tema basándose en borradores preliminares (definidos como “proyecto de futuro texto”) que figuraban en una Nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.124) y prosiguió esa labor en su 37º período de sesiones (Nueva York, 9 a 13 de mayo de 2022) basándose en la Nota de la Secretaría publicada con la signatura A/CN.9/WG.I/WP.126. En ambos períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó el alcance y la estructura de cada sección del “proyecto de futuro texto”, en lugar de proporcionar orientación detallada sobre párrafos específicos, a menos que se plantearan inquietudes concretas o fuera necesario corregir información inexacta².
3. En el anexo del presente documento figura una versión revisada de los borradores que refleja las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo durante su más reciente período de sesiones, celebrado en mayo de 2022³. Además, la secretaría ha realizado nuevos ajustes a fin de facilitar la lectura del texto y hacerlo más coherente. Cuando ha sido necesario, se han cambiado de posición y reenumerado algunos párrafos y se han modificado en consecuencia las remisiones correspondientes. A fin de facilitar la consulta, la secretaría ha mantenido las “Notas para el Grupo de Trabajo” relativas a los asuntos respecto de los cuales el Grupo de Trabajo no ha adoptado todavía una decisión definitiva (por ejemplo, en cuanto a si se agrega al texto una recomendación). Además, se han incluido algunas otras “Notas” (o notas a pie de página) para indicar al Grupo de Trabajo que la secretaría profundizará su labor de investigación o aportará más información sobre determinados temas.
4. Aunque el Grupo de Trabajo no ha decidido todavía la forma concreta que debería adoptar esa labor, el texto está destinado a ofrecer orientación a las instancias normativas. Esto también viene indicado por el hecho de que en su último período de sesiones el Grupo de Trabajo convino en incluir recomendaciones legislativas en determinadas partes del texto. Por ello, la secretaría ha sustituido el término provisional “proyecto de futuro texto” por “proyecto de guía”, que facilita más el examen de este nuevo texto revisado.

1. Finalidad

5. El objetivo del proyecto de guía es contribuir a la aprobación de un régimen jurídico o la reforma del vigente en el plano nacional para facilitar el acceso al crédito, en particular de las microempresas y pequeñas empresas (MYPE), habida cuenta asimismo de las dificultades que muchas de ellas tienen actualmente y que tal vez sigan teniendo como consecuencia de crisis financieras, ambientales y de otra índole, como el cambio climático y la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19). Por ese motivo, en el proyecto de guía se señalarán también nuevas materias que los Estados podrían regular o sobre las que podrían promulgar leyes a fin de facilitar el acceso de las MYPE al crédito, y se analizarán políticas y otras medidas de apoyo pertinentes en la medida en que sean capaces de contribuir a la eficacia de las medidas legislativas para aumentar el acceso de las MYPE al crédito. Aunque se centra principalmente en las MYPE, el proyecto de guía no excluirá por completo a las

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/74/17)*, párr. 192 a). Véase también en A/CN.9/WG.I/WP.125, párr. 5, la decisión literal de la Comisión.

² Véanse A/CN.9/1084, párrs. 18 y 19, y A/CN.9/1090.

³ Véase A/CN.9/1090.

medianas empresas y aclarará, según proceda, las diferentes disposiciones y medidas de políticas que les son aplicables, conforme a lo acordado por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 36^o y 37^o⁴.

2. Destinatarios

6. El proyecto de guía se dirigirá tanto a los Estados que carezcan de un régimen jurídico específico que favorezca el acceso de las MYPE al crédito, como a los Estados que deseen modernizar sus leyes vigentes con miras a facilitar el acceso de esas empresas al crédito, incluso a nivel transnacional. Además de los legisladores y los encargados de formular políticas de los países de todas las regiones geográficas y tradiciones jurídicas, podrán beneficiarse del proyecto de guía las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales (ONG), las cámaras de comercio y otras partes interesadas que deseen participar, o que ya estén participando activamente, en iniciativas destinadas a mejorar el régimen jurídico aplicable al acceso de las MIPYME de todos los tipos y tamaños al crédito.

7. En su 52^o período de sesiones, celebrado en 2019, la Comisión convino en que el material que preparase la secretaría debería basarse, según procediera, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias, que regula la financiación garantizada con bienes muebles (véase el documento [A/74/17](#), párr. 192 a)). No obstante, la secretaría debería redactar ese material de forma tal que incluso los lectores que estén poco familiarizados con el régimen previsto en la Ley Modelo puedan utilizar las recomendaciones del proyecto de guía y basarse en ellas. <http://undocs.org/A/74/17>

3. Método de trabajo

8. Siguiendo el enfoque adoptado por el Grupo de Trabajo V de la CNUDMI para preparar un régimen de la insolvencia simplificado aplicable a las MYPE, el análisis de la financiación garantizada con bienes muebles se basará en los instrumentos ya aprobados por la CNUDMI sobre ese tema. Ellos son la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias (2016); la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* (2007) y la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y su Suplemento sobre la propiedad intelectual* (2010); la *Guía de la CNUDMI sobre la creación de un registro de garantías reales* (2013); la *Guía de la CNUDMI para la incorporación al derecho interno* (2017); y la *Guía de prácticas de la CNUDMI relativa a la Ley Modelo* (2019). En el proyecto de guía se mencionarán y analizarán las recomendaciones y los principios enunciados en esos textos, que son los más pertinentes a los efectos de facilitar el acceso de las MIPYME al crédito.

9. Del mismo modo, en las partes del proyecto de guía que tratan de las garantías personales y el apoyo a la reestructuración se harán remisiones a la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre un régimen de insolvencia para microempresas y pequeñas empresas* (2021).

⁴ Véanse [A/CN.9/1084](#), párr. 26, y [A/CN.9/1090](#), párrs. 18 y 19.

Anexo

I. Introducción

1. Las microempresas y las pequeñas y medianas empresas (MIPYME) constituyen la inmensa mayoría de los tipos de empresas en todas las regiones del mundo. Representan alrededor del 55 % del producto interno bruto en las economías desarrolladas y el 35 % en las economías en desarrollo¹. A nivel mundial, constituyen más del 90 % de las empresas (en algunos países representan alrededor del 90 % del sector productivo nacional)² y entre el 60 % y el 70 % del empleo total si se toman en consideración tanto las MIPYME que pertenecen al sector formal como las que pertenecen al sector informal³. Si bien las MIPYME concentran alrededor de dos tercios del empleo en la economía mundial, su importancia social y económica es aún mayor en lo que respecta a la creación de puestos de trabajo en las economías de ingreso bajo, en las que llegan a representar hasta el 95 % del empleo⁴. Como ya se ha señalado⁵, las MIPYME ofrecen oportunidades empresariales y de empleo a la juventud, las mujeres y los grupos desfavorecidos, incluidos los migrantes, las minorías étnicas y las personas con discapacidad, por lo que son fundamentales para aumentar los ingresos del 40 % más pobre de la población mundial. Según las predicciones del Banco Mundial, se necesitarán alrededor de 600 millones de empleos para dar cabida a los jóvenes que se incorporarán al mercado de trabajo en los próximos 15 años⁶. No es de extrañar que varios Gobiernos hayan dado prioridad a la función de las MIPYME en la creación de empleo.

2. El acceso a los servicios financieros es esencial para las MIPYME a lo largo de todo su ciclo de vida. Permite a los empresarios ponerse en marcha, innovar, aumentar la eficiencia y la productividad y ampliar sus negocios. El acceso a los servicios financieros es sostenible para las MIPYME si estas pueden recurrir a un conjunto completo de servicios financieros, como pagos, ahorros, créditos y seguros, prestados a precios asequibles y de manera conveniente⁷. Las empresas prosperan más rápidamente en los países que cuentan con mercados financieros más desarrollados que en los países donde no pueden obtener los recursos necesarios para aprovechar las oportunidades de crecimiento⁸.

3. El acceso al crédito permite a las MIPYME realizar inversiones productivas, que son fundamentales para generar ingresos y acceder a más recursos. Como señala el Banco Mundial, la falta de acceso al crédito o el acceso limitado a este son el segundo obstáculo más citado entre aquellos con que tropiezan las pequeñas empresas en los mercados emergentes⁹. Son diversos los factores que inciden en el acceso al crédito y el tipo de crédito que puede obtenerse, como la edad de la empresa, el género del empresario, el manejo de las cuentas bancarias personales y de la empresa por parte del empresario y la disponibilidad de registros contables de la empresa.

4. Las MIPYME pueden acceder al crédito a través de instituciones financieras que operan dentro del marco jurídico y regulador nacional del sistema financiero. No obstante, a menudo las pequeñas empresas no cumplen los requisitos para la concesión

¹ OMC, Informe sobre el Comercio Mundial 2016 (2016), pág. 18.

² Véase, por ejemplo, Colombia, 54º período de sesiones de la CNUDMI, mesa redonda sobre asistencia y cooperación técnicas de 16 de julio de 2021.

³ ITC, *SME Competitiveness Outlook 2015: Connect, Compete and Change for Inclusive Growth* (2015), pág. 1.

⁴ *Ibid.*, pág. 13.

⁵ Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, *Micro, Small and Medium-sized Enterprises (MSMEs) and their role in achieving the Sustainable Development Goals*, informe de 2020, págs. 4 y 22.

⁶ Véase www.worldbank.org/en/topic/sme/finance.

⁷ Véase www.centerforfinancialinclusion.org/microfinance-vs-financial-inclusion-whats-the-difference.

⁸ OCDE, Documento de debate, Conferencia Ministerial sobre las PYME, 22 y 23 de febrero de 2018, Ciudad de México, "Enhancing SME access to diversified financing instruments", pág. 6.

⁹ Véase www.worldbank.org/en/topic/sme/finance.

de préstamos exigidos por dichas instituciones. En particular, a muchas MIPYME, especialmente las microempresas y las pequeñas empresas (MYPE), les es difícil proporcionar garantías valiosas o el tipo de información fiable sobre su solvencia que suelen exigir las instituciones financieras (por ejemplo, falta de informes financieros o informes insuficientes)¹⁰. Esos obstáculos son mayores para las MIPYME que operan en el sector informal. Las leyes nacionales pueden utilizar criterios como el tamaño de la empresa, la inscripción en el sistema de seguridad social o ante la autoridad fiscal o en el registro de empresas para establecer los límites entre las MIPYME formales e informales. En consonancia con la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas*, en el proyecto de guía se considera que una MIPYME opera en el sector informal de la economía si no ha cumplido todos los requisitos obligatorios de inscripción y de otro tipo exigidos en el Estado en que está establecida. La labor que realiza la CNUDMI para reducir los obstáculos jurídicos a que se enfrentan las MIPYME durante su ciclo de vida tiene por objeto facilitar la migración de esas empresas al sector formal, lo que a su vez debería permitirles acceder al crédito con mayor facilidad.

5. Incluso cuando las MIPYME cumplen los requisitos que exige el sector de la financiación formal, las instituciones financieras podrían seguir mostrándose reacias a conceder préstamos a las microempresas y pequeñas empresas (MYPE), en particular porque esos préstamos suelen ser demasiado pequeños para resultar rentables¹¹. Esa diferencia entre la oferta actual de financiación a las pequeñas empresas y la demanda potencial que las instituciones financieras podrían estar en condiciones de atender se conoce como “brecha de financiación”¹². La Corporación Financiera Internacional (IFC) calcula que la demanda insatisfecha de financiación de las MIPYME del sector formal en los países en desarrollo muestra una brecha de 5,2 billones de dólares de los Estados Unidos¹³. De acuerdo con la IFC, hay 65 millones (40 %) de MIPYME del sector formal con limitaciones crediticias y se calcula que la demanda potencial de financiación de las empresas del sector informal en los países en desarrollo asciende a otros 2,9 billones de dólares. Si bien la mayor parte de la brecha total se concentra en la región de Asia Oriental y el Pacífico, los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) no están totalmente libres de esa brecha, ya que una proporción importante de las MIPYME de esos países tiene dificultades para acceder al crédito ofrecido por los bancos, los mercados de capital u otros proveedores de financiación¹⁴.

6. Varios estudios han demostrado que probablemente en la mayoría de los países la brecha de financiación de las empresas dirigidas por mujeres sea mayor que la de las empresas que son propiedad de hombres debido a prejuicios culturales o a limitaciones económicas, sociales y jurídicas¹⁵. Por ejemplo, se informa de que en algunos países las mujeres tienen menos acceso al crédito a precios asequibles ya que poseen menos garantías que ofrecer, tanto en bienes materiales como en términos de reputación¹⁶, especialmente porque, con frecuencia, los proveedores privados de servicios de información crediticia no reflejan las tasas de pago de microcréditos de las mujeres¹⁷.

7. Por consiguiente, el acceso limitado al crédito formal hace que muchas pequeñas empresas dependan del crédito obtenido a través de arreglos informales (véanse los párrafos 28 a 34), que puede implicar riesgos financieros o costos más elevados y rara

¹⁰ Véase como referencia general IFC, *MSME Finance Gap, Assessment of the shortfalls and opportunities in financing micro, small and medium enterprises in emerging markets*, 2017.

¹¹ Z. Chen y M. Jin, “Financial Inclusion in China: Use of Credit”, 2017, pág.3.

¹² IFC, *MSME Finance Gap* (nota 10 *supra*), pág. 2.

¹³ Esta cifra representa la diferencia entre la demanda potencial de 8,9 billones de dólares menos la oferta de crédito de 3,7 billones. Véase IFC, *MSME Finance Gap* (nota 10 *supra*), págs. 27 y ss.

¹⁴ OCDE, *Financing SMEs and Entrepreneurs 2020: An OECD Scoreboard*, págs. 26 y 27; OCDE, *The SME Financing Gap* (vol. I): Theory and Evidence (2006), págs. 15 y ss.

¹⁵ Se calcula que la brecha es actualmente de 1,5 billones de dólares. Véase IFC y Goldman Sachs, *IFC & Goldman Sachs 10,000 Women: Investing in Women’s Business Growth*, 2019, pág. 4.

¹⁶ La garantía reputacional (también conocida como garantía de reputación) se refiere a la capacidad del prestatario de acceder al crédito sin aportar una garantía, basándose en su reputación reconocida de buen pagador.

¹⁷ ITC, *Abriendo mercados para mujeres comerciantes* (2015), págs. 27 y 29.

vez constituye una fuente garantizada de financiación. Por lo tanto, reducir la brecha de financiación de las MIPYME debe considerarse una prioridad en los planos mundial y nacional. Ello también puede contribuir al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)¹⁸. Según el Centro de Comercio Internacional (ITC), unas MIPYME más fuertes pueden contribuir al logro de los ODS 8 y 9 a través de sus prácticas empresariales, los sectores en que operan y su repercusión en la economía en general¹⁹. El ITC destaca además que, si cuentan con financiación suficiente, las MIPYME pueden tener un efecto positivo en el 60 % de las metas de los ODS²⁰. Si se ampliara el acceso de las MIPYME al crédito, estas podrían desarrollar su potencial de crecimiento y expansión. Esto probablemente ayudaría a fomentar el empoderamiento económico de las mujeres y a reducir la pobreza.

Tendencias de reforma

8. Desde hace algún tiempo se vienen realizando esfuerzos a nivel mundial, regional y nacional para facilitar la financiación de las MIPYME. Algunas iniciativas han tenido un alcance más amplio y se han centrado en promover el acceso de las MIPYME a múltiples servicios financieros, por ejemplo facilitando el establecimiento de cuentas de ahorro o la realización de pagos y diseñando nuevos productos de seguros. Otras se han centrado en medidas concebidas especialmente para facilitar el acceso al crédito. En muchos de esos esfuerzos se ha priorizado la promoción de políticas y reglamentaciones de apoyo directo destinadas a crear sistemas de garantías crediticias con respecto a los préstamos bancarios y de otro tipo²¹ o programas de préstamos directos a las MIPYME²², o a facilitar la adopción de medidas para aumentar la competencia dentro de los sistemas financieros nacionales y permitir el funcionamiento de diversas instituciones financieras²³. En otros se ha favorecido la aprobación de políticas y reglamentaciones de apoyo indirecto, como la puesta en marcha de programas de fortalecimiento de la capacidad para las MIPYME, los financiadores y los organismos reguladores, y el fortalecimiento de los sistemas de información crediticia²⁴.

¹⁸ Equipo de Tareas Interinstitucional sobre la Financiación para el Desarrollo, informe de 2020 sobre la financiación para el desarrollo sostenible, 2020, pág. 8, recuadro I.2.

¹⁹ ITC, SME Competitiveness Outlook 2019: Big Money for Small Business – Financing the Sustainable Development Goals, 2019, pág. xvi. El ODS 8 se refiere a la promoción del crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. El ODS 9 consiste en construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.

²⁰ *Ibid.*, pág. xv.

²¹ Por ejemplo, la Unión Europea ha concebido varios sistemas de garantías para apoyar a las instituciones financieras de los Estados miembros que conceden préstamos a las MIPYME (véase https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/growth-and-investment/financing-investment/financing-programmes-smes_es). El Banco Mundial y el Banco Asiático de Desarrollo han establecido programas de asistencia técnica para mejorar los sistemas de garantías crediticias de los países en apoyo de las MIPYME (véase, por ejemplo, www.adb.org/news/adb-loan-help-expand-sme-financing-through-credit-guarantees). China ha creado un Fondo Especial para el Desarrollo de las PYME que respalda el otorgamiento de garantías de financiación y un Fondo Nacional de Garantías de Financiación para apoyar el sistema nacional de garantías de financiación (véase OCDE, Financing SMEs and Entrepreneurs 2020 (nota 14), pág. 168. Bangladesh también ha puesto en marcha un Fondo de Garantías Crediticias para las PYME (véase Ministerio de Industria de la República Popular de Bangladesh, “SME Policy 2019”, pág. 5).

²² La Unión Europea ha diseñado varios programas de intervención directa que operan a través de las instituciones financieras locales que determinan las condiciones exactas de financiación para las MIPYME (véase https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/growth-and-investment/financing-investment/financing-programmes-smes_es). Bangladesh ha creado un Banco para las PYME (véase Ministerio de Industria de la República Popular de Bangladesh, “SME Policy 2019”, pág. 5).

²³ Por ejemplo, la IFC ha abogado por la aprobación de políticas para aumentar la competencia dentro del sistema financiero y permitir el funcionamiento de diversas instituciones financieras, así como para establecer programas públicos de préstamos directos a las MIPYME. Véase IFC, MSME Finance Gap (nota 10 *supra*).

²⁴ Por ejemplo, la India ha creado un organismo nacional de calificación de las PYME que proporciona calificaciones integrales a las instituciones financieras a fin de que estas las utilicen para evaluar los créditos. Hace poco, el organismo puso en funcionamiento una plataforma de tecnofinanzas que facilita la concesión de crédito a las MIPYME al proporcionar información sobre las empresas (véase IFC, SME Finance Policy Guide (2011), pág. 35).

Reconociendo que las MIPYME propiedad de mujeres a menudo se enfrentan a mayores obstáculos que las de los hombres para acceder al crédito, varias organizaciones mundiales y regionales, así como Estados, han puesto en marcha muchas iniciativas de políticas dirigidas específicamente a prestar apoyo a esta categoría de MIPYME²⁵.

9. En los últimos años, muchas iniciativas a nivel mundial también han prestado especial atención a la función que pueden desempeñar los servicios y productos financieros digitales para facilitar el acceso de las MIPYME al crédito. Como ha reconocido el Grupo de los 20 (G20)²⁶, la digitalización de los servicios financieros puede cambiar las reglas del juego para la financiación de pequeñas empresas, ya que los procesos financieros, especialmente los préstamos, son mucho más baratos, rápidos y sencillos²⁷. Al respecto, cabe destacar que las Naciones Unidas, por conducto del Equipo de Tareas sobre la Financiación Digital de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, ha recomendado, entre otras cosas, reformas legales para contribuir a la digitalización del sistema financiero; por ejemplo, definir la naturaleza jurídica de los bienes digitales o mejorar los regímenes de derecho privado que regulan las relaciones entre partes comerciales²⁸.

10. Por último, varias iniciativas, en particular en los planos mundial y regional, han alentado la aprobación de marcos legislativos modernos en esferas que son decisivas para facilitar el acceso de las MIPYME al crédito, como las operaciones respaldadas por garantías mobiliarias y los procedimientos de la insolvencia²⁹. Con otras reformas se ha procurado incorporar a las pequeñas empresas al sector formal simplificando su constitución y agilizando su inscripción registral (véanse los párrs. 162 a 171), a fin de facilitar la constitución y el funcionamiento de las MIPYME y su acceso a fuentes de crédito formales.

11. Las reformas de políticas, regulatorias y legislativas antes mencionadas han generado una serie de mejores prácticas que son igualmente provechosas para países con diferentes necesidades y condiciones económicas. Esas mejores prácticas se refieren a distintos factores que repercuten negativamente en la decisión de los financiadores de conceder préstamos o de las MIPYME de tomarlos; por ejemplo, la escasa solvencia de las pequeñas empresas, los elevados gastos de tramitación o las prácticas contractuales abusivas. Sin embargo, es importante que los instrumentos legislativos y las medidas

²⁵ Por ejemplo, la Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico (CESAP) ha creado el programa denominado “Catalysing Women’s Entrepreneurship”, que incluye un componente de financiación innovadora para poner en marcha tres mecanismos de financiación fundamentales, a saber: un fondo de innovación en tecnología financiera, un bono relacionado con los medios de subsistencia de las mujeres y un fondo de inversión de impacto. En ese componente también se contempla la colaboración con autoridades encargadas de formular políticas y organismos reguladores para contribuir a la creación de un entorno de políticas y de regulación financiera favorable para las mujeres empresarias. Véase www.unescap.org/projects/cwe.

²⁶ El Grupo de los 20, generalmente conocido como G20, es un foro intergubernamental compuesto por las principales economías del mundo. Comenzó en 1999 como una reunión de los ministros de finanzas y los gobernadores de los bancos centrales y ha evolucionado hasta convertirse en una cumbre anual en la que participan Jefes de Estado y de Gobierno.

²⁷ Alianza Mundial para la Inclusión Financiera (GPFI), Promoting digital and innovative SME financing, 2020, pág. 9. Publicado en: www.gpfi.org/sites/gpfi/files/saudi_digitalSME.pdf.

²⁸ En 2018, el Secretario General de las Naciones Unidas creó el Equipo de Tareas sobre la Financiación Digital de los Objetivos de Desarrollo Sostenible como parte de su Hoja de Ruta sobre la Financiación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, 2019-2021. Uno de los objetivos del Equipo de Tareas es velar por que la financiación digital se convierta en parte indisociable de las estrategias de desarrollo sostenible. En su informe “People’s Money” (2020), el Equipo de Tareas ofrece varias recomendaciones con objeto de aprovechar la digitalización para acelerar la financiación de los ODS.

²⁹ La Red de Creación de Infraestructura Financiera establecida por el Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (APEC) promueve activamente la creación de regímenes de garantías mobiliarias y de la insolvencia como elementos clave de un entorno de financiación propicio para las MIPYME, especialmente mediante la promoción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias (APEC, “2019 Progress Report – Asia-Pacific Financial Forum, Asia-Pacific Financial Inclusion Forum, Asia-Pacific Infrastructure Partnership”, págs. 5 y ss.). En 2015, el G20 señaló que los marcos de operaciones respaldadas por garantías mobiliarias e insolvencia eran esferas prioritarias para garantizar el acceso de las MIPYME al crédito (véase www.gpfi.org/publications/g20-action-plan-sme-financing-implementation-framework).

regulatorias y de políticas se empleen de forma complementaria y se refuercen mutuamente para maximizar sus beneficios, y diseñar un marco que encuentre un equilibrio entre la protección de los financiadores y el aumento de las oportunidades de acceso de las MIPYME al crédito.

12. En particular, resulta decisiva la coordinación entre los instrumentos regulatorios y los de derecho privado o mercantil, ya que representan dos caras de la misma moneda. Los instrumentos de derecho privado y mercantil (por ejemplo, las salvaguardias contractuales o las garantías mobiliarias) rigen la relación contractual entre los proveedores de servicios financieros y las MIPYME y proporcionan un marco que reduce los riesgos del préstamo para ambas partes en la operación. Por otro lado, los reglamentos financieros son normas específicas del sector, a menudo de derecho público, impuestas por el Estado para garantizar la seguridad y la solidez de las instituciones y los mercados financieros, especialmente la protección de las personas físicas y las entidades comerciales que utilizan productos financieros. Un ejemplo de este tipo de reglamentación es la exigencia de que las instituciones financieras proporcionen a sus clientes determinados tipos de información sobre sus productos o servicios (por ejemplo, los tipos de interés de los préstamos) en un formato normalizado.

13. Los instrumentos de derecho privado y mercantil y las medidas regulatorias pueden entrecruzarse en sus efectos e influir enormemente en el comportamiento de las instituciones financieras a la hora de conceder préstamos. Por ejemplo, en varios países la regulación prudencial no permite a las instituciones financieras aceptar determinados tipos de bienes muebles con fines de garantía (por ejemplo, bienes de equipo, materias primas, créditos por cobrar). Esos bienes suelen ser los que tienen más posibilidades de estar al alcance de las MIPYME, en particular las MYPE. Por otro lado, las iniciativas de reforma legislativa actuales que facilitan el acceso al crédito permiten el uso de una amplia variedad de bienes muebles con fines de garantía (véase el análisis de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias en el capítulo I, sección A.1.a)). Esa falta de coordinación puede debilitar la eficacia de regímenes de garantías mobiliarias que pueden no ser aplicables a las instituciones financieras, sino solo a los financiadores ajenos al sistema financiero regulado. Por lo tanto, es importante que el poder legislativo y las autoridades reguladoras reconozcan la interacción que existe entre los marcos de su competencia para garantizar que la protección de los mercados financieros no socave los instrumentos legislativos que facilitan el acceso al crédito y viceversa³⁰.

14. De acuerdo con el mandato de la CNUDMI, el proyecto de guía se centrará principalmente en los regímenes jurídicos nacionales sobre el acceso al crédito y su mejora (por ejemplo, las garantías mobiliarias o las garantías personales). Dado que en el proyecto de guía se reconoce la complementariedad de esos instrumentos con las medidas microeconómicas (por ejemplo, las subvenciones estatales) o macroeconómicas (por ejemplo, la estructura del mercado) y los mecanismos reguladores, en él también se analizarán medidas de políticas y de apoyo pertinentes en la medida en que sean capaces de garantizar la eficacia de las medidas legislativas para reducir las limitaciones que tienen las pequeñas empresas para acceder al crédito.

15. En el proyecto de guía se reconoce que las MYPE suelen tropezar con más dificultades para obtener créditos que las medianas empresas debido a que son más pequeñas y disponen de menos recursos humanos y financieros, y a otras características (por ejemplo, a menudo carecen de personalidad jurídica y sus propietarios no pueden gozar de la protección que confiere la limitación de la responsabilidad). Si bien las MYPE y las medianas empresas pueden enfrentarse a varios obstáculos similares, por lo general las segundas tropiezan con menos limitaciones o de otro tipo para acceder al crédito. Por consiguiente, de conformidad con el principio de “pensar primero en lo pequeño”, el proyecto de guía se centra en las MYPE, aunque no se excluye del todo a

³⁰ La secretaría ha agregado este análisis de la relación existente entre los instrumentos reguladores y los instrumentos de derecho privado relacionados con el acceso al crédito de conformidad con la solicitud formulada por el Grupo de Trabajo en su 36º período de sesiones (A/CN.9/1084, párr. 28).

las medianas empresas, y distingue, en la medida necesaria, entre las disposiciones y medidas de políticas aplicables a cada una de esas dos categorías³¹.

II. Las MIPYME y sus necesidades de financiación en distintas etapas

Introducción

16. No existe una definición uniforme de MIPYME a nivel internacional, ya que pueden utilizarse muchos criterios para clasificar como tal a una empresa en función del contexto económico, jurídico, político y social de cada país. De hecho, aunque los criterios que se utilizan más comúnmente son el número de empleados, el volumen de negocios y el patrimonio de la empresa, a veces se utilizan también otras variables para definir e identificar a las MIPYME, como el grado de formalidad, los años de experiencia y el monto de la inversión inicial³². En última instancia, corresponde a cada país definir sus propios parámetros. Teniendo en cuenta esas diferencias entre los países, en los textos legislativos de la CNUDMI sobre las MIPYME no se define cada categoría de MIPYME, ya que los Estados aplicarán los textos de acuerdo con sus propias definiciones.

17. A pesar de que su naturaleza y tamaño varían, la mayoría de las MIPYME comparten en general algunas características comunes. Ellas son, entre otras, las siguientes³³: a) tamaño reducido y, con frecuencia, carácter familiar; b) pocos empleados o ninguno y dificultades para contratar y retener personal; c) dependencia de redes de parentesco para conseguir préstamos o repartir los riesgos; d) acceso limitado al capital; e) dificultades para acceder a servicios bancarios; f) impacto desproporcionado de la reglamentación (por ejemplo, los trámites de inscripción y su costo); g) mercados limitados (en el caso de las MYPE, a menudo solamente mercados locales); h) acceso limitado a mecanismos formales de solución de controversias; i) dificultades para separar patrimonios, por lo que el fracaso de la empresa suele repercutir directamente en el patrimonio personal y familiar; j) vulnerabilidad ante las dificultades financieras; y k) dificultad para traspasar o vender una empresa.

18. En lo que respecta concretamente al acceso de las MIPYME al crédito, se pueden hacer dos observaciones sobre esas características. En primer lugar, en muchas MIPYME, sobre todo MYPE, puede que no exista una separación entre los bienes del empresario y los bienes de la empresa, en especial cuando se trata de una sociedad unipersonal o cuando la empresa carece de una personalidad jurídica propia. En segundo lugar, el acceso limitado a los servicios financieros formales suele dar lugar a una fuerte dependencia de arreglos financieros informales³⁴. Especialmente las MYPE dirigidas por mujeres pueden depender de las fuentes informales de crédito porque, como ya se ha señalado (véase el párr. 6), a menudo se ven más afectadas que las de los hombres por los requisitos exigidos por las instituciones financieras formales: por ejemplo, las comisiones por servicios o los tipos de interés pueden ser demasiado elevados en comparación con la suma que las mujeres desean tomar en préstamo o puede resultarles

³¹ La secretaría ha agregado este párrafo para aclarar el alcance del proyecto de guía, de conformidad con las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párrs. 18 y 19, véase también la nota 4 en la sección Antecedentes). El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que no ha terminado aún la labor de distinguir qué partes del proyecto de guía son aplicables a las MYPE y a las medianas empresas respectivamente.

³² IFC, MSME Country Indicators 2014: Towards a Better Understanding of Micro, Small, and Medium Enterprises (2014), págs. 5 y ss.

³³ A/CN.9/941, párr. 12.

³⁴ Se estima que, en las economías de ingreso bajo, alrededor de 1.700 millones de personas adultas que ya están o podrían estar dirigiendo MIPYME están excluidas del sistema financiero formal porque no tienen una cuenta en una institución financiera ni un proveedor de dinero móvil. Esa población adulta excluida representa el 30 % a escala mundial y las mujeres constituyen una proporción desmesurada de las personas que no tienen una cuenta bancaria. El Grupo de Trabajo tal vez desee advertir que la secretaría ha sustituido la referencia al “apoyo de familiares y amigos” (párr. 4 del documento A/CN.9/WG.I/WP.124) por “arreglos financieros informales” para reflejar una gama más amplia de opciones de crédito para las MIPYME.

demasiado difícil cumplir las condiciones de pago del préstamo. Desde el punto de vista de los financiadores, las limitaciones para acceder a información sobre las MIPYME, en particular las empresas más pequeñas, y sus actividades comerciales, o la asimetría de la información, constituyen uno de los problemas más importantes que impiden la financiación externa, ya que a menudo es demasiado costoso para los prestamistas obtener la información necesaria para evaluar la solvencia de las empresas³⁵.

19. Las reformas encaminadas a aumentar el acceso de las MIPYME al crédito deberían tener en cuenta esos aspectos y lograr un equilibrio entre el riesgo crediticio de los financiadores y la necesidad de proteger a las MIPYME, especialmente a las que cuentan con menos experiencia y conocimientos especializados, de los riesgos de contraer préstamos onerosos, incurrir en tasas de interés muy altas o aceptar otras condiciones gravosas para acceder al crédito. A fin de aumentar la confianza de los financiadores en el mercado de las MIPYME, los Estados podrían adoptar medidas para propiciar que los financiadores estén mejor informados a la hora de adoptar decisiones sobre la concesión de préstamos (por ejemplo, darles fácil acceso a la información conexas sobre las MIPYME) y facilitar la recuperación de créditos en caso de impago de las MIPYME (por ejemplo, procedimientos de insolvencia o medidas de cumplimiento forzoso eficientes). Las medidas también deberían crear condiciones de seguridad para que los financiadores puedan conceder préstamos utilizando otros mecanismos de financiación (por ejemplo, de tecnofinanzas), en particular si esos mecanismos tienen la capacidad de despertar el interés de proveedores de fondos de relativamente poca experiencia (por ejemplo, la financiación colectiva)³⁶.

20. Paralelamente, los Estados podrían recurrir a diversos instrumentos reguladores y legislativos (por ejemplo, los sistemas públicos de garantías de crédito y las operaciones respaldadas por garantías mobiliarias) a fin de mitigar las limitaciones de financiación a que se enfrentan las MIPYME y el crédito se mantenga para ellas a un costo asequible. Para maximizar sus efectos, sería importante adecuar tales medidas a la forma jurídica de las MIPYME, por ejemplo, en el sentido de si se trata de personas físicas o jurídicas. Las pequeñas empresas pueden enfrentarse a diferentes limitaciones de financiación en función de su forma jurídica. En ese sentido, también sería importante que los Estados aclararan el alcance de las medidas, ya que algunas de ellas podrían beneficiar a todas las MIPYME (por ejemplo, las leyes por las que se establezca un régimen moderno de operaciones respaldadas por garantías mobiliarias destinado a satisfacer las necesidades de las MIPYME), mientras que otras podrían entrañar limitaciones respecto de las condiciones exigidas (por ejemplo, los sistemas públicos de garantías de crédito)³⁷.

Financiación de las MIPYME

21. Aunque las MIPYME necesitan financiación en todas las etapas de su ciclo de vida, las fuentes de financiación pueden diferir según su etapa de desarrollo. En las etapas iniciales, cuando las MIPYME (a menudo MYPE) generan pocos ingresos y carecen de un historial crediticio fiable, el acceso al crédito formal suele ser limitado y los empresarios tienden a depender de sus propios ahorros, del apoyo de familiares y amigos (en forma de deuda, capital o garantía) o de asociaciones de crédito (por ejemplo, asociaciones de ahorro y crédito rotatorio³⁸ y asociaciones de ahorro y crédito)³⁹. Las MIPYME (a menudo MYPE) que en sus etapas iniciales tienen potencial

³⁵ Banco Mundial, International Committee on Credit Reporting (ICCR), *Facilitating SME Financing through Improved Credit Reporting* (2014), pág. 1.

³⁶ OCDE, Documento de debate, Conferencia Ministerial sobre las PYME, 22 y 23 de febrero de 2018 (nota 8 *supra*), pág. 18.

³⁷ La secretaría ha separado el análisis de las medidas dirigidas a mitigar los riesgos de los acreedores y proteger las MIPYME en este párrafo (párr. 18 del documento [A/CN.9.WG.I/WP.126](#)), conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones ([A/CN.9/1090](#), párr. 22).

³⁸ En esta forma de operación, el dinero se deposita diaria, semanal o mensualmente y el reparto suele realizarse a final de mes.

³⁹ En esta forma de operación, las sumas recaudadas se invierten o se prestan a cambio de intereses, con lo que se obtiene un rendimiento neto para los miembros de la asociación de crédito.

de crecimiento y características innovadoras pueden atraer a padrinos empresariales que suelen proporcionar fondos a cambio de una participación en la propiedad de la empresa. En algunas jurisdicciones, las tarjetas de crédito, los servicios de microcrédito, las sociedades cooperativas de crédito y las plataformas de financiación colectiva también son muy utilizadas por las pequeñas empresas en sus etapas iniciales. En otras jurisdicciones, las instituciones financieras de propiedad del Estado cumplen una función decisiva para extender el crédito a dichas empresas⁴⁰.

22. A medida que las MIPYME crecen y van adquiriendo un historial crediticio fiable, pueden ir accediendo cada vez más a los créditos comerciales, el factoraje, la financiación de la cadena de suministro y el capital de riesgo. Los créditos comerciales se refieren, en este contexto, a los créditos que conceden los bancos u otras instituciones financieras principalmente en función de la solvencia general de las empresas, y se suele considerar que los fondos con que se pagará el crédito provendrán sobre todo del flujo de efectivo que se prevé que tendrá la empresa en el futuro. El factoraje y la financiación de la cadena de suministro permiten a las MIPYME aumentar su flujo de efectivo para reducir los riesgos de insolvencia y evitar el endeudamiento ya que, al no constituir préstamos, esos mecanismos no aumentarían el endeudamiento de la empresa⁴¹. El capital de riesgo es una forma de capital de inversión. A menudo, los administradores de fondos de capital de riesgo invierten directamente en MIPYME que no cotizan en bolsa, con el fin de aportar capital y conocimientos técnicos y de gestión para aumentar el valor de esas empresas y obtener una ganancia cuando se retiran de ellas (por ejemplo, al vender la empresa después de algunos años)⁴².

23. Para evitar dudas, esa clasificación refleja a grandes rasgos las preferencias actuales de las MIPYME en cuanto al acceso al crédito, pero no pretende dar a entender que las MIPYME solo utilizan un determinado tipo de fuentes de financiación durante una determinada etapa de su desarrollo. De hecho, a lo largo de todo su ciclo de vida las MIPYME pueden seguir tropezando con distintas dificultades (por ejemplo, la total ausencia o la escasez de conocimientos financieros, véanse los párrs. 261 y 263 a 266); las altas tasas de interés (véanse los párrs. 173 y 174) o el entorno en que operan (por ejemplo, la ausencia de un sólido marco jurídico y regulador; o la informalidad, véanse los párrs. 163 a 171) también pueden influir en su selección de las fuentes de financiación. Además, determinados mecanismos, como los relacionados con el microcrédito y la financiación colectiva, suelen adaptarse mejor a las necesidades de las empresas más pequeñas independientemente de si se hallan o no en sus etapas iniciales⁴³.

24. En particular, otras formas de financiación pueden responder a las necesidades de las MIPYME a lo largo de su ciclo de vida, como los productos financieros islámicos. Los productos financieros islámicos se rigen por normas y prácticas derivadas de la tradición jurídica islámica que prohíben el pago de intereses o imponen límites estrictos al derecho a cobrarlos, lo que da lugar a otras formas de compensación por el dinero prestado (por ejemplo, la participación en los beneficios o la participación directa en los resultados de las operaciones)⁴⁴. Los productos financieros islámicos que existen en el mercado pueden dividirse en dos grandes categorías: productos financieros basados

⁴⁰ La secretaría ha agregado esta oración sobre la función de las “instituciones financieras de propiedad del Estado” conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 23).

⁴¹ En su 37º período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó centrarse en la “financiación de capital circulante”, y no en la “financiación del comercio” (A/CN.9/1090, párr. 41). Por consiguiente, la secretaría ha eliminado la referencia a la financiación del comercio en este párrafo y la ha sustituido por mecanismos que podrían utilizarse para obtener capital circulante mediante operaciones internas y transfronterizas.

⁴² La secretaría ha eliminado el párrafo relativo a las medianas empresas y su capacidad de acceder al crédito mediante la cotización de acciones en mercados de valores o los bonos empresariales (párr. 21 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 24).

⁴³ La secretaría ha modificado este párrafo (párr. 23 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) de conformidad con las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 37).

⁴⁴ *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las alianzas público-privadas* (2021), capítulo A, Introducción, párr. 65.

en bienes y productos financieros basados en capital⁴⁵. *Murabaha* es el método de financiación basado en bienes que más comúnmente utilizan las MIPYME, en virtud del cual el financiador compra los bienes que necesita el cliente y luego se los vende a un precio que incluye un margen de beneficio comunicado que debe devolverse, normalmente a plazos⁴⁶. Por lo que respecta a los productos financieros islámicos basados en capital, *Musharaka* es un modelo de asociación sencillo (es decir, un acuerdo de asociación en que todos los socios aportan capital a una empresa conjunta para compartir sus beneficios y pérdidas) y tiene muchos puntos en común con el capital de riesgo⁴⁷. *Musharaka* se utiliza muy poco debido al riesgo percibido de entrar en una relación en la que se comparten beneficios y pérdidas con las MIPYME, y las principales dificultades de su aplicación son similares a aquellas a las que se enfrentan los fondos de capital de riesgo, como el entorno de salida (véase el párr. 69)⁴⁸. Teniendo en cuenta que algunas MIPYME, especialmente las empresas familiares, pueden ser reacias a ceder la propiedad de la empresa, se ha concebido un modelo de *Musharaka Decreciente*, con arreglo al cual el empresario se compromete a comprar las acciones de inversión de los demás socios con el paso del tiempo hasta que llega a poseer el 100 % de la empresa⁴⁹. En los últimos años también han surgido productos financieros islámicos en algunas jurisdicciones en el contexto de la financiación colectiva y el factoraje⁵⁰.

25. Entre las principales dificultades para un uso más amplio de los productos financieros islámicos a los fines de la financiación de las MIPYME cabe citar las siguientes: i) la financiación islámica no está disponible en todos los mercados; ii) no hay suficiente diversidad en la oferta de diferentes productos financieros para satisfacer las necesidades de las MIPYME. Los productos financieros islámicos ofrecidos a las MIPYME se concentran generalmente en la financiación mediante endeudamiento, como *Murabaha*, que es más adecuada para fines de financiación concretos. Debería estudiarse y ofrecerse a las MIPYME más oportunidades de financiación islámica basada en capital; iii) los gastos de tramitación son relativamente elevados y con frecuencia solo pueden aceptarse bienes inmuebles como garantía; iv) la escasa cultura financiera islámica de las MIPYME, en parte debido a que en muchos países ese sector se encuentra todavía en una fase inicial; y v) no existe suficiente colaboración (por ejemplo, en cuanto a capital social, riesgos y capacitación) entre los sectores público y privado que ofrecen productos financieros islámicos. Una mayor colaboración podría atraer a más partes interesadas para que participen como proveedores de capital⁵¹. Además, muchos países sin tradición de financiación islámica no han establecido marcos regulatorios para los productos financieros islámicos. Por ello, esos productos están menos estandarizados y a menudo deben atenerse a normas y reglamentaciones bancarias convencionales⁵².

III. Fuentes de financiación al alcance de las MIPYME⁵³

26. El presente capítulo se centra en las fuentes de financiación presentadas en la sección anterior (clasificadas como mecanismos de endeudamiento y de capital) y analiza las dificultades con que tropiezan las MIPYME y los financiadores cuando las

⁴⁵ Banco Mundial – Informe de Políticas del Banco Islámico de Desarrollo: Leveraging Islamic Finance for Small and Medium Enterprises (2015), pág. 11.

⁴⁶ *Ibid.*, págs. 11 y 13.

⁴⁷ *Ibid.*, pág. 16.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, pág. 17.

⁵⁰ Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, “Smart Contracts, Blockchain and Crowdfunding: How the Law is Getting to Grips with Technology”, pág. 30.

⁵¹ Serie de documentos de trabajo del Instituto del Banco Asiático de Desarrollo: Leveraging Islamic Banking and Finance for Small Businesses – Exploring the Conceptual and Practical Dimensions (2020), págs. 18 y 19. Véase una sinopsis de la evolución reciente del sector de los servicios financieros islámicos en general, en “Islamic Financial Services Industry Stability Report” (2020), un informe preparado por la Islamic Financial Services Board.

⁵² *Ibid.*, pág. 18.

⁵³ La secretaría ha combinado los capítulos III y IV del documento [A/CN.9/WG.I/WP.126](#) en un solo capítulo conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones ([A/CN.9/1090](#), párr. 33).

utilizan. Varios de esos mecanismos de financiación se ofrecen cada vez más en plataformas digitales gestionadas no solo por instituciones financieras tradicionales, sino muy especialmente por los llamados “nuevos actores de la economía”, como las empresas de tecnología financiera (“FinTech”) y las grandes empresas tecnológicas (“BigTech”) (véanse los párrs. 74 a 76). El crédito otorgado a través de las grandes empresas tecnológicas suele estar integrado en plataformas cuya actividad central no consiste en prestar servicios financieros. Por ejemplo, varias de esas empresas que operan en el comercio electrónico han establecido líneas de crédito para las MIPYME que venden en sus plataformas. Las grandes empresas tecnológicas conceden créditos directamente o mediante un proveedor financiero regulado o no regulado, sus préstamos suelen ser a corto plazo y su pago, incluidos los intereses, se deducen automáticamente de la cuenta de la MIPYME en la plataforma, y el inventario de la MIPYME almacenado en el depósito de la empresa tecnológica sirve como garantía⁵⁴.

27. Aunque la tecnología moderna ha ampliado considerablemente las opciones de los empresarios para acceder al crédito de forma rápida y a un coste conveniente, muchos siguen dependiendo de los ahorros y del patrimonio personal para financiar su negocio incluso después de sus etapas iniciales. Por lo general, independientemente de que los fondos personales se utilicen como mecanismo de endeudamiento o de capital, recurrir a ellos hace casi imposible separar los bienes personales de los de la empresa, en particular si los empresarios utilizan sus cuentas personales para fines empresariales también. Esa práctica no solo aumenta los riesgos de sobreendeudamiento, sino que también afecta al perfil y el historial crediticios de los empresarios y a menudo impide el acceso de las MIPYME a productos financieros adecuados. En lo que respecta a los financiadores, impide a los bancos controlar adecuadamente el crédito empresarial, ya que a menudo este no se puede distinguir del crédito que el empresario obtiene para uso personal o familiar^{55, 56}.

A. Apoyo de familiares y amigos⁵⁷

28. Las microempresas suelen recurrir a familiares y amigos para obtener el capital inicial⁵⁸ y algunas veces siguen haciéndolo incluso después de esa primera etapa⁵⁹. Por ejemplo, muchas empresas de propiedad de mujeres en países de ingreso bajo no tienen acceso al crédito formal y financian su actividad comercial principalmente con préstamos de familiares y amigos y con sus propios ahorros⁶⁰.

⁵⁴ Conforme a lo acordado por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 75), la secretaría ha trasladado a este párrafo, con ajustes editoriales, el análisis sobre las plataformas electrónicas que figuraba en la sección relativa a las empresas de tecnología financiera (párrs. 143 a 145 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126).

⁵⁵ OCDE, Financing SMEs and Entrepreneurs 2022: An OECD Scoreboard, pág. 33.

⁵⁶ La secretaría ha agregado este análisis sobre el uso del patrimonio personal para financiar las MIPYME, conforme a lo acordado por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 33).

⁵⁷ En su 37º período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó prestar especial atención a la cuestión del apoyo de familiares y amigos (A/CN.9/1090, párr. 37). Por consiguiente, la secretaría: i) amplió el análisis sobre las ventajas y desventajas de esa fuente de financiación; ii) agregó una referencia al apoyo en forma de regalo; iii) se refirió a la falta de leyes o reglamentos específicos sobre la financiación por parte de familiares y amigos; y iv) destacó la importancia de los conocimientos financieros y de las medidas dirigidas a facilitar el acceso a fuentes de crédito formales. Para dar mayor coherencia al proyecto de guía, la secretaría también ha combinado en una sola las dos secciones relativas al apoyo de familiares y amigos (deuda y capital).

⁵⁸ Equipo de Tareas Interinstitucional sobre la Financiación para el Desarrollo (nota 18 *supra*), pág. 67; CESPAP, Small and Medium Enterprises Financing (2017), pág. 3.

⁵⁹ Según una encuesta del Grupo Consultivo de Ayuda a la Población Pobre (CGAP), se trata de una práctica común de las pequeñas empresas. Véase CGAP, Executive Summary – CGAP National Surveys of Smallholder Households (2018), pág. 15. El Grupo de Trabajo tal vez desee advertir que la secretaría ha eliminado la segunda oración (“Según ... y amigos”) de este párrafo (párr. 26 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) para dar más claridad al texto.

⁶⁰ El Banco Mundial informa de que un estudio sobre empresas dirigidas por mujeres en Oriente Medio y el Norte de África reveló que la mayoría de las propietarias no tenían acceso al crédito formal y financiaban sus empresas principalmente con ahorros, préstamos de familiares y amigos y

29. Los familiares y amigos pueden prestar apoyo en forma de regalo, deuda, capital o garantía personal. Si bien el regalo, la deuda y el capital son contribuciones financieras directas a la MIPYME, la garantía personal es una forma de apoyo indirecto en que un familiar o amigo se compromete a pagar la deuda en caso de que la MIPYME prestataria no pague (véanse los párrs. 153 a 158).

30. Desde la perspectiva de las MIPYME, la financiación directa de familiares y amigos suele ofrecer ventajas en comparación con las fuentes de financiación convencionales, en particular en el caso de los préstamos a corto y mediano plazo. Debido a su relación personal con el empresario, los familiares y amigos pueden estar en mejor disposición de proporcionar apoyo financiero que las instituciones financieras, a menudo sin necesidad de dar bienes en garantía para obtener el préstamo ni de presentar planes de negocios detallados u otra documentación en el caso de la inversión de capital. Además, las condiciones del préstamo o de la inversión pueden ser flexibles y con frecuencia cubren un período más largo en comparación con el crédito comercial. Cuando el apoyo es en forma de deuda, su pago puntual puede ayudar al empresario a consolidar su historial crediticio y obtener créditos comerciales con más facilidad.

31. Sin embargo, el apoyo directo de familiares y amigos suele ser de carácter informal. A menudo, las condiciones se acuerdan de palabra, y no por escrito, lo que bien puede hacer que esta fuente de financiación resulte poco fiable y extemporánea y dé lugar a importantes gastos no financieros⁶¹. Con frecuencia, los acuerdos verbales son poco claros en cuanto a las condiciones del préstamo, el calendario de amortización y las medidas a las que se puede recurrir en caso de incumplimiento. Además, pueden inducir a error ya que en algunos casos el préstamo puede interpretarse como un regalo y en algunos países esto puede tener consecuencias tributarias para la MIPYME, para el donante o para ambas partes.

32. Cuando el apoyo de familiares y amigos es en forma de inversión de capital, que suele traer aparejada la adquisición de derechos de decisión en la empresa, los acuerdos informales sobre las condiciones de la inversión pueden afectar a la gestión de la empresa y la responsabilidad de sus miembros, especialmente en cuanto a si el proveedor o los proveedores de los fondos pueden modificar o vender su participación y a la manera de hacerlo. Cabe destacar que en algunos países la cantidad de fondos recaudados para las MIPYME en sus etapas iniciales⁶² a través de familiares y amigos generalmente supera la de los fondos obtenidos de otras fuentes de capital privado (por ejemplo, capital de riesgo e inversiones de padrinos empresariales), mientras que en determinados países las MIPYME dependerían más de familiares y amigos a lo largo de todo su ciclo de vida⁶³. Los familiares y amigos forman parte de la red social más cercana del empresario y no tienen las mismas preocupaciones que los inversionistas profesionales en lo que se refiere a la evaluación de riesgos⁶⁴.

33. En la mayoría de los países no existen leyes o reglamentos que se apliquen de manera específica al apoyo de familiares y amigos en forma de deuda o de capital. Ambos mecanismos informales de endeudamiento y de inversión de capital a partir del apoyo de familiares y amigos están sujetos en términos generales a las normas vigentes que rigen los contratos mercantiles y la solución de controversias (en la medida en que algunos tipos de acuerdos verbales o escritos puedan quedar demostrados en lo que respecta a los mecanismos informales de endeudamiento y en que los derechos y

reinvirtiendo las utilidades de la empresa. Véase Banco Mundial, *Secured Transactions, Collateral Registries and Movable Asset-Based Financing* (2019), pág. 23.

⁶¹ Véase S. Djankov, I. Lieberman, J. Mukherjee y T. Nenova, 2002, "Going Informal: Benefits and Costs". En Boyon Belev, ed., *The Informal Economy in the EU Accession Countries*. Sofía: Center for the Study of Democracy, págs. 63 a 80.

⁶² Por ejemplo, en los Estados Unidos de América. CGAP, "Executive Summary" (nota 59 *supra*), pág. 21. Además, según una encuesta realizada por el Banco Central Europeo, el 18 % de las pequeñas y medianas empresas (PYME) europeas señalaron que los fondos de familiares, amigos o empresas conexas eran para ellas fuentes importantes de financiación. Véase Banco Central Europeo, "Encuesta sobre el acceso de las empresas a la financiación en la zona del euro", abril a septiembre de 2019 (2019), pág. 18.

⁶³ Véase ITC, *SME Competitiveness Outlook 2019* (nota 19 *supra*), pág. 21.

⁶⁴ CGAP. *Executive Summary* (nota 63 *supra*), pág. 24.

obligaciones del inversionista queden definidos en un contrato en el caso de la inversión de capital). Además, el derecho societario, en particular las normas relativas a la gobernanza empresarial y otras cuestiones no contractuales se aplicarían normalmente al apoyo en forma de capital recibido de familiares y amigos. Por último, en los países en que el apoyo financiero de familiares y amigos está fuertemente vinculado a la estructura de la sociedad nacional, las costumbres y prácticas locales podrían ser más importantes que las normas de derecho mercantil.

34. Si bien en numerosos países se reconoce la importancia de que la financiación directa de familiares y amigos sea fiable y transparente para todas las partes interesadas, en muchos de ellos la aplicación de medidas de política puede ser un mejor instrumento para lograr ese objetivo en lugar de la elaboración de un marco jurídico específico. En la mayoría de los países, los mecanismos generales que rigen las relaciones entre las MIPYME y sus acreedores y otros terceros se aplicarían también a la financiación procedente de familiares y amigos. En cambio, puesto que la causa principal de los problemas que surgen entre el empresario y los familiares o amigos que proporcionan el crédito suele ser la falta de conocimientos sobre sus derechos y obligaciones recíprocos, muchos Estados podrían optar por estrategias dirigidas a mejorar los conocimientos financieros de las partes (véanse los párrs. 261 a 270). Aun cuando las partes son conscientes de sus derechos y obligaciones recíprocos, los vínculos personales podrían inducir a los empresarios y sus familiares y amigos a pasar por alto elementos básicos de diligencia debida respecto de los riesgos a que se exponen o descuidan la formalización de sus acuerdos de forma tal que queden registrados debidamente para cualquier referencia posterior. Por consiguiente, la adopción de medidas dirigidas a aumentar las opciones de financiación formal al alcance de las MIPYME (por ejemplo, sistemas públicos de garantías de crédito y un régimen moderno de operaciones respaldadas por garantías mobiliarias) y a facilitar la formalización de las MIPYME podría resultar particularmente importante, ya que permitirían reducir la dependencia de familiares y amigos.

B. Mecanismos de endeudamiento

1. Tarjetas de crédito

35. Las tarjetas de crédito no son nuevas y por lo general están al alcance de las MIPYME en la mayoría de las jurisdicciones. Mientras que en algunas jurisdicciones los titulares de MIPYME suelen utilizar tarjetas de crédito personales para fines de la empresa, en otras jurisdicciones se utilizan más las tarjetas de crédito empresariales. Los bancos comerciales o de desarrollo pueden emitir tarjetas de crédito para empresas. El límite de crédito de las tarjetas empresariales suele ser más alto que el de las tarjetas de crédito personales. Algunos bancos de desarrollo ofrecen a las MIPYME tarjetas de crédito por las que cobran comisiones relativamente bajas y tasas de interés reducidas y que, en algunos casos, están subvencionadas por el Estado. En general, puede ser más fácil para los propietarios de pequeñas empresas obtener una tarjeta de crédito que un préstamo bancario, ya que los requisitos para acceder a una tarjeta de crédito son menos estrictos.

36. La emisión de tarjetas de crédito suele estar sujeta a las leyes y reglamentos en vigor que regulan los contratos mercantiles y la solución de controversias, así como a los sistemas regulatorios vigentes relativos al funcionamiento de los bancos (incluidas normas específicas para los servicios prestados por los bancos de desarrollo). Aunque las tarjetas de crédito emitidas a las MIPYME por bancos de desarrollo están concebidas generalmente para satisfacer las necesidades de financiación de los propietarios de pequeñas empresas, los bancos comerciales pueden cobrar tasas de interés altas y recargos elevados por impago por ese tipo de tarjetas. Además, cuando se emiten tarjetas de crédito a pequeñas empresas, muchas veces se exige la firma de un acuerdo de responsabilidad personal que permite responsabilizar al propietario de la empresa en caso de mora o impago. Las tarjetas de crédito emitidas a pequeñas empresas también suelen ofrecer menos protección que las que se emiten a consumidores (por ejemplo, no se garantiza el servicio cuando se impugnan errores de facturación). En algunos casos,

la falta de mecanismos de impugnación para que los titulares de tarjetas de crédito presenten reclamaciones genera preocupaciones adicionales.

2. Microcrédito

37. El microcrédito (conocido también como “micropréstamo”) es una forma común de microfinanciación que consiste en un préstamo sumamente pequeño que a menudo se concede a una persona o a una microempresa para iniciar un negocio. Estos prestatarios suelen ser de bajos ingresos, especialmente de países menos adelantados. Con frecuencia, los arreglos de microcrédito tienen una estructura distinta a la de la banca tradicional y puede que en ellos no medie ningún acuerdo escrito. En algunos casos, el microcrédito está garantizado por un acuerdo con los miembros de la comunidad del prestatario, de quienes se espera que obliguen al prestatario a obrar para pagar la deuda. El prestatario puede optar por préstamos de mayor cuantía una vez que haya devuelto el microcrédito. Dado que muchos prestatarios no pueden ofrecer bienes gravables, los proveedores de microcréditos suelen agrupar a los prestatarios, lo que crea una forma de presión grupal para asegurar el pago. En algunas jurisdicciones, los proveedores de microcréditos que cumplen determinados requisitos están sujetos a normas reguladoras relativas al registro y la presentación de información.

38. Las instituciones de microfinanciación constituyen una categoría decisiva de proveedores de microcréditos. Aunque la mayoría de las instituciones de microfinanciación han sido creadas con el fin de otorgar pequeños préstamos a microprestatarios, no se limitan estrictamente a atender a esos prestatarios y pueden exigir requisitos de admisibilidad diferentes. Las instituciones de microfinanciación son menos exigentes en cuanto a los bienes gravables y garantías personales que aceptan, y ofrecen productos financieros más personales, sencillos y adaptados a las necesidades del cliente, pero no siempre cobran tasas de interés más bajas que otras fuentes⁶⁵. Los préstamos suelen ser el primer producto que las instituciones de microfinanciación ofrecen a sus clientes⁶⁶. La microfinanciación ha contribuido en gran medida a mejorar el acceso de las microempresas al crédito⁶⁷, sobre todo en el caso de las empresas dirigidas por mujeres. Es probable que, a nivel mundial, ocho de cada diez clientes de microfinanciación sean empresarias⁶⁸.

39. Por lo general, a las instituciones de microfinanciación se aplican regulaciones prudenciales más estrictas en comparación con las instituciones financieras tradicionales⁶⁹. La concesión de microcréditos está sujeta principalmente a las leyes y reglamentos en vigor que regulan los contratos mercantiles y la solución de controversias, así como a determinadas leyes o reglamentos específicos relativos al funcionamiento de las instituciones de microfinanciación (si los hay). Al investigar las cuestiones jurídicas y de regulación relacionadas con la microfinanciación se han detectado varias dificultades que enfrentan las microempresas que tratan de obtener

⁶⁵ Fondo Europeo de Inversiones, “European Small Business Finance Outlook”, 2019, pág. vi.

⁶⁶ Otros productos que pueden ofrecer a las microempresas las instituciones de microfinanciación son cuentas de ahorro, micropensiones, microseguros, préstamos de emergencia, arrendamientos financieros y subvenciones. Véase Oficina Internacional del Trabajo, *Making Microfinance Work: Managing Product Diversification* (2011), pág. 112.

⁶⁷ Según la organización Microfinance Information Exchange (MIX), en 2017 la cartera de préstamos para microempresas (compuesta por 762 proveedores de servicios financieros que operaban en el sector de la microfinanciación en 103 mercados en desarrollo) tenía un valor bruto de unos 34.000 millones de dólares. Es importante señalar que los datos de MIX distinguían entre las necesidades de financiación de las microempresas y las necesidades de financiación personales de los propietarios de esas empresas. La cartera de préstamos para financiar gastos de los hogares constituía una categoría aparte, que en cifras brutas ascendía a alrededor de 29.000 millones de dólares. En Europa, los datos del último estudio de mercado mostraron que la cartera de micropréstamos que estaban pendientes de pago en 2017 ascendía en total a 3.100 millones de euros, según información proporcionada por 136 instituciones de microfinanciación. Véase Microfinance Information Exchange, *Global Outreach and Financial Performance Benchmark Report 2017–2018* (2019), págs. 36 y 38.

⁶⁸ Banco Mundial, *Secured Transactions* (nota 60 *supra*), pág. 23.

⁶⁹ La secretaría ha agregado una referencia a los requisitos exigidos por la regulación prudencial menos estricta, como solicitó el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 39).

financiación a un costo asequible. Algunas de esas dificultades son las siguientes: i) la falta de transparencia en la forma de fijar el precio de los productos de microfinanciación; ii) la ausencia o falta de intervención del Estado, en particular en lo que respecta a fijar límites a la tasa de interés que se cobra por los préstamos; iii) requisitos desproporcionados en materia de garantías, lo que da lugar a prácticas de cobro abusivas por parte de algunas instituciones de microfinanciación; iv) la inexistencia de medidas o la ineficacia de las medidas adoptadas para proteger al cliente y evitar que se recurra a prácticas inescrupulosas; v) la escasa cultura financiera de la comunidad en general; y vi) la falta de regulación de la amplia gama de instituciones que prestan servicios de microfinanciación⁷⁰.

40. Por otra parte, la rigidez de las estructuras de pago de algunos micropréstamos también puede impedir que las microempresas los utilicen para las inversiones de mayor riesgo y a más largo plazo que son esenciales para su crecimiento. Además, si bien la digitalización de las operaciones de microfinanciación ha demostrado ser eficiente, las instituciones de microfinanciación están digitalizadas solo parcialmente a nivel mundial. Además, en algunos países las operaciones digitales pueden verse estancadas a causa de deficiencias en la infraestructura⁷¹ o porque las MIPYME carecen de los medios apropiados para beneficiarse de las oportunidades que les ofrece la digitalización (por ejemplo, teléfonos inteligentes para acceder al crédito móvil digital)⁷².

3. Cooperativas de crédito

41. Según la Declaración de Identidad Cooperativa aprobada por la Alianza Cooperativa Internacional⁷³, una cooperativa es “una asociación autónoma de personas que se han unido voluntariamente para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes por medio de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente controlada”. Las cooperativas se basan en los valores de autoayuda, autorresponsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad. Como tipo particular de cooperativa, las cooperativas de crédito (también conocidas como asociaciones de crédito) se definen como asociaciones sin fines de lucro cuyos miembros depositan sus ahorros en un fondo común con el objetivo de crear un fondo que satisfaga las necesidades de crédito de sus miembros. Su objetivo no es obtener beneficios, sino prestar servicios a las mejores tarifas compatibles con la sostenibilidad de la organización.

42. Existen diversos tipos de cooperativas de crédito (por ejemplo, las asociaciones de ahorro y crédito rotatorio y las asociaciones de ahorro y crédito acumulativo) que comparten la característica esencial de ser propiedad de los socios. Algunas cooperativas de crédito son informales y solo están formadas por unos pocos socios del mismo barrio, mientras que otras son asociaciones registradas con sus propios estatutos, algunas incluso con licencia bancaria. Por ejemplo, en Europa, los bancos cooperativos son una forma popular en el sector de las cooperativas, que a menudo proporcionan crédito a los hogares, a los empresarios individuales y a las pequeñas y medianas empresas locales⁷⁴. Los clientes pueden convertirse en socios de los bancos cooperativos y participan en los procesos de gobernanza, estrategia y gestión de riesgos. El principio clave de la gobernanza es “una persona, un voto”. El objetivo de los bancos cooperativos es crear valor para sus socios y mantener una relación de confianza a largo plazo,

⁷⁰ A/CN.9/727, párrs. 29 a 52; A/CN.9/780, párr. 37.

⁷¹ Fondo Europeo de Inversiones (nota 65 *supra*), pág. vi.

⁷² La encuesta nacional de hogares de pequeños agricultores del CGAP de 2018 indica, por ejemplo, que el dinero móvil es el mecanismo financiero formal más importante; sin embargo, son pocos los hogares de pequeños agricultores de los países encuestados que tienen teléfonos inteligentes. Esta encuesta permitió estudiar la vida financiera de los hogares de pequeños agricultores en Bangladesh, Côte d'Ivoire, Mozambique, Nigeria, Tanzania y Uganda. Véase CGAP, “Executive Summary” (nota 59 *supra*).

⁷³ Véase la página web de la Alianza Cooperativa Internacional sobre “Identidad cooperativa: nuestros principios y valores”.

⁷⁴ Documento de trabajo 2016/36 del Fondo Europeo de Inversiones, “The Role of Cooperative Banks and Smaller Institutions for the Financing of SMEs and Small Midcaps in Europe”, pág. 14.

en lugar de la meta de otros bancos comerciales de maximizar las utilidades⁷⁵. Los bancos cooperativos son propiedad de los clientes y suelen ofrecer tipos de interés más favorables que otros bancos comerciales⁷⁶.

43. En los países francófonos de África, las tontinas funcionan de manera informal pero similar a las cooperativas de crédito y constituyen una importante fuente de financiación para las microempresas. Las tontinas son arreglos en los que un pequeño número de personas forma un grupo y elige a un líder que periódicamente (por ejemplo, diaria o semanalmente) recauda una cantidad determinada de cada miembro y el dinero recaudado se entrega por rotación a cada miembro del grupo, ya sea por sorteo o en un orden predeterminado⁷⁷. Se pueden imponer sanciones a los miembros que no paguen sus cotizaciones a tiempo. El objetivo principal de las tontinas es ahorrar dinero y obtener crédito. Algunas tontinas son grupos informales de amigos y vecinos, pero otras pueden ser asociaciones registradas con sus propios estatutos. Los comerciantes de África, especialmente las mujeres, suelen participar en una o varias tontinas para financiar sus negocios. En algunos países también existe una forma de tontinas individuales (conocidas como “banqueros móviles”) en las que una persona hace una aportación monetaria a una tontina que suele visitarle para recaudar la contribución, ahorrándose así el tiempo de depositar sus ahorros en otro lugar. Por lo general, las tontinas individuales sirven como mecanismo de ahorro únicamente.

44. Los préstamos concedidos por las cooperativas de crédito también están sujetos a los marcos vigentes en materia de derecho mercantil aplicables a la formación de contratos y la solución de controversias, en la medida en que pueda demostrarse la relación entre la MIPYME prestataria y las asociaciones de crédito. En algunas jurisdicciones, el funcionamiento de las cooperativas de crédito también está sujeto a leyes y reglamentos específicos. Las cooperativas de crédito suelen ser utilizadas por las microempresas y las pequeñas empresas para obtener créditos y, a menudo, permiten captar ahorros de un solo grupo pequeño de personas bien conocidas entre sí. El funcionamiento de esas cooperativas se basa en la confianza entre los miembros y los fondos recaudados no pueden trasladarse a grandes distancias, lo que limita la oferta de crédito, especialmente en las zonas rurales, donde los mercados locales pueden estar separados de los nacionales. Además, algunas de esas cooperativas pueden correr el riesgo de desintegrarse si uno de sus miembros no cumple con sus obligaciones⁷⁸. Incluso en el caso de los bancos cooperativos, la afiliación suele estar limitada a los empleados de una determinada empresa, a los residentes de un barrio definido, a los miembros de un determinado sindicato u organización religiosa y a sus familiares directos⁷⁹.

4. Crédito comercial⁸⁰

45. Los créditos comerciales se refieren, en este contexto, a los créditos que conceden los bancos u otras instituciones financieras reguladas basándose ante todo en la solvencia general de las empresas, y se suele considerar que los fondos con que se pagará el crédito provendrán en lo fundamental del flujo de efectivo que se prevé que tendrá la empresa en el futuro (esos créditos también se conocen con el nombre de

⁷⁵ Véase la página web de la European Association of Co-operative Banks, “Characteristics of the co-operative banking model”; Documento de trabajo 2016/36 del Fondo Europeo de Inversiones (nota 74 *supra*), pág. 10.

⁷⁶ Serie de documentos de trabajo del Banco Central Europeo núm. 1568, “Bank Lending and Monetary Transmission in the Euro Area” (julio de 2013), pág. 7, nota 4.

⁷⁷ Véase, en general, el documento de trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo INT/92/M01/FRG, “Tontines and the Banking System – Is There a Case for Building Linkages?”.

⁷⁸ IFC, “Research and Literature Review of Challenges to Women Accessing Digital Financial Services” (2016), pág. 10.

⁷⁹ Banco Central Europeo (nota 76 *supra*), pág. 7, nota 4.

⁸⁰ La secretaría ha sustituido el término “crédito bancario” por “crédito comercial” en la presente subsección y en el resto del proyecto de guía, como pidió el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 28). El Grupo de Trabajo tal vez desee advertir que la secretaría, de acuerdo con las deliberaciones que sostendrá el Grupo de Trabajo en su 38º período de sesiones (Viena, 19 a 23 de septiembre de 2022), podría modificar (es decir, simplificar) aún más esta sección en la versión siguiente del proyecto de guía.

“préstamos tradicionales”). La demanda de créditos comerciales en forma de préstamos tradicionales por parte de las MIPYME (con frecuencia, de las pequeñas y medianas empresas) puede variar considerablemente de un país a otro, incluso dentro de una misma región geográfica⁸¹. Los motivos difieren entre los distintos países y con frecuencia están relacionados con la existencia o la ausencia de medidas de apoyo del Estado dirigidas a incentivar los préstamos bancarios a las MIPYME (por ejemplo, ampliando la cobertura de los sistemas públicos de garantías de crédito o fortaleciendo la capacidad de los bancos para conceder préstamos, junto con medidas más directas como la flexibilidad en la contabilidad de pérdidas)⁸². En general, la proporción de préstamos de las MIPYME sigue siendo inferior en los países emergentes y de ingreso mediano. Ello refleja, entre otras cosas, un alto nivel de informalidad empresarial y la gran proporción de propietarios de pequeñas empresas que solicitan créditos en sus cuentas personales para los fines de su empresa (véase el párr. 27)^{83, 84}. A la hora de conceder un crédito comercial, hay que tener en cuenta las leyes y reglamentos vigentes que regulan los contratos mercantiles y la solución de controversias, así como el marco regulatorio en vigor aplicable al funcionamiento de los bancos. Los obstáculos específicos que limitan la concesión de esta forma de crédito comercial a las MIPYME en algunos países están relacionados en gran medida con las dificultades que tienen los financiadores para evaluar y vigilar la solvencia de las MIPYME. En primer lugar, debido a que las MIPYME carecen de una infraestructura de información financiera de apoyo, se genera una asimetría de información que limita la capacidad de los financiadores para concederles préstamos⁸⁵. A menudo, las MIPYME no tienen las aptitudes y los conocimientos especializados necesarios para preparar estados financieros adecuados. Como consecuencia de ello, los financiadores solo pueden acceder a documentación limitada sobre las actividades y la situación financiera de las MIPYME. Además, es probable que los gastos de la diligencia debida que tendrían que realizar sean muy altos en relación con el monto del préstamo⁸⁶. Por lo general, los financiadores conceden préstamos sobre la base del historial crediticio de las empresas, pero si una empresa no puede acceder al crédito, resulta muy difícil crear el perfil y el historial crediticios necesarios.

46. A fin de reducir el riesgo de crédito, los financiadores suelen imponer a las MIPYME requisitos estrictos en cuanto a bienes gravables y garantías personales^{87, 88}. En algunas jurisdicciones, la tierra es uno de los bienes que se utilizan como garantía para conceder financiación a las MIPYME, especialmente a los agricultores. Si bien los bienes muebles (por ejemplo, maquinaria, bienes de equipo o créditos por cobrar) pueden representar la mayor parte del capital de las MIPYME, los financiadores suelen ser reacios a aceptarlos como bienes gravables cuando no existen leyes sobre operaciones respaldadas por garantías mobiliarias y registros de garantías mobiliarias, o cuando esas leyes o registros no están actualizados, o cuando es difícil identificar o embargar bienes gravables⁸⁹. No es fácil conseguir garantías de crédito para respaldar la concesión de préstamos a las MIPYME cuando no existen sistemas públicos de

⁸¹ En 2018, por ejemplo, era mucho más probable que solicitara un crédito una PYME china (58,36 %) que una indonesia (3,35 %). Véase OCDE, *Financing SMEs and Entrepreneurs 2020* (nota 14 *supra*), pág. 33.

⁸² OCDE, *Financing SMEs and Entrepreneurs 2022* (nota 55 *supra*), pág. 33.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ La secretaría ha modificado la segunda parte de este párrafo (párr. 38 del documento [A/CN.9/WG.I/WP.126](#)) para aclarar los motivos de la baja proporción de préstamos de las MIPYME.

⁸⁵ Foro Económico Mundial, *The Future of FinTech: A Paradigm Shift in Small Business Finance* (2015), pág. 9.

⁸⁶ Equipo de Tareas Interinstitucional sobre la Financiación para el Desarrollo (nota 18 *supra*), pág. 64.

⁸⁷ Como se menciona en un informe de la IFC, los datos de las Encuestas de Empresas del Banco Mundial muestran que para casi el 79 % de los préstamos o líneas de crédito se exigen bienes dados en garantía. Esta cifra es igualmente alta en la mayoría de las regiones del mundo. Véase IFC, *MSME Finance Gap* (nota 10 *supra*), pág. 44.

⁸⁸ La secretaría ha eliminado la segunda oración de este párrafo y la ha pasado a una nota a pie de página (nota 87 *supra*) a fin de limitar las remisiones a datos temporales.

⁸⁹ IFC, *MSME Finance Gap* (nota 10 *supra*), pág. 44.

garantías de crédito ni una red de instituciones locales o sectoriales que ofrezcan garantías a las MIPYME⁹⁰ (véanse los párrs. 173 a 203).

47. Por último, aunque no menos importante, la falta de competencia entre financiadores reduce el acceso de las MIPYME al crédito⁹¹. En muchos países en desarrollo con sectores bancarios menos competitivos, es más probable que los bancos cobren comisiones más altas por sus servicios y tengan menos incentivos para prestar servicios a las MIPYME⁹². En particular, los bancos digitales competidores que se han creado en varios países (que suelen ofrecer servicios financieros sin presencia física) atraen a más MIPYME porque cobran comisiones transparentes y reducidas, prestan servicios con mayor rapidez y mejoran la experiencia del usuario a través de sus interfaces digitales⁹³. Sin embargo, en comparación con empresas más grandes, las tasas de interés siguen siendo altas para las MIPYME⁹⁴. Como se explica en el párrafo 6, las empresarias pueden tropezar con más dificultades para acceder al crédito comercial debido a factores jurídicos, institucionales y socioculturales. Los datos recopilados a nivel internacional revelan que las mujeres tienen menos probabilidades que los hombres de poseer cuentas bancarias. Las restricciones para abrir o utilizar una cuenta bancaria, como el requisito de obtener el permiso o la autorización de un miembro masculino de la familia, limitan el acceso de las mujeres a las cuentas bancarias. Además, en parte debido a que su nivel de educación formal o de conocimientos en materia de finanzas es limitado, con frecuencia las mujeres carecen de acceso a otros servicios financieros formales, como el ahorro, los métodos de pago digitales y los seguros⁹⁵. Se ha informado de que, debido a la falta de registros oficiales de las operaciones financieras, a menudo no existe información crediticia sobre las empresarias a los fines de la evaluación de riesgos (véase el párr. 209), lo que limita aún más su capacidad de obtener créditos comerciales⁹⁶. En algunos países existe entre las mujeres una desconfianza con respecto a los bancos que las hace renuentes a usar los servicios de los bancos y otras instituciones financieras reguladas⁹⁷.

48. A los Estados les puede resultar difícil dar instrucciones a los bancos comerciales de que apoyen a las MIPYME con políticas de concesión de préstamos más firmes, por ejemplo, asignando un porcentaje de la cartera de préstamos del banco al segmento de las MIPYME⁹⁸, compartiendo la carga de las MIPYME en situaciones de dificultad financiera por medio de moratorias obligatorias en determinadas circunstancias, o aplicándoles políticas preferenciales (como tasas de interés más bajas). Teniendo en cuenta su carácter lucrativo y la estructura de su régimen de participación en la propiedad, es poco probable que los bancos comerciales adopten políticas de concesión de préstamos que puedan no garantizarles suficientes utilidades financieras y poner en peligro las ganancias de sus accionistas. En determinados países, el Estado ha logrado incentivar la concesión de préstamos de los bancos comerciales a las MIPYME aplicando medidas como el aumento de los fondos destinados a los sistemas públicos de garantías de crédito (véase el párr. 45), facilitando la reestructuración de los préstamos a las MIPYME o estableciendo programas de préstamos puente o programas

⁹⁰ Fondo Europeo de Inversiones (nota 65), pág. 62.

⁹¹ FMI, *Financial Inclusion of Small and Medium-Sized Enterprises in the Middle East and Central Asia* (2019), pág. 13.

⁹² Equipo de Tareas Interinstitucional sobre la Financiación para el Desarrollo (nota 18 *supra*), pág. 64.

⁹³ Por ejemplo, Alemania, el Brasil, China y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Véase OCDE, *Financing SMEs and Entrepreneurs 2020* (nota 14 *supra*), pág. 50, recuadro 1.2.

⁹⁴ En 2018, por ejemplo, las tasas de interés que pagaban las PYME en varios países de ingreso mediano (p. ej., el Brasil, Colombia, México, el Perú y Ucrania) eran casi del 17 %, e incluso en países de ingreso alto (p. ej., Chile y Nueva Zelanda) las tasas de interés cobradas a las PYME eran de cerca del 10 %. *Ibid.*, págs. 28 y 29.

⁹⁵ Banco Mundial, “Expanding Women’s Access to Financial Services”, sitio web, disponible en: www.worldbank.org/en/results/2013/04/01/banking-on-women-extending-womens-access-to-financial-services.

⁹⁶ IFC, *MSME Finance Gap* (nota 10 *supra*), pág. 44.

⁹⁷ La secretaría ha eliminado la última oración de este párrafo (párr. 42 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) para evitar redundancias.

⁹⁸ No obstante, en la ley de Filipinas denominada “Carta Magna de las MIPYME” se obliga a todos los bancos a destinar determinado porcentaje de sus respectivas carteras de préstamos a las MIPYME y se imponen multas si se incumple esa asignación de créditos obligatoria.

que proporcionen una financiación de bajo costo. Ese tipo de medidas reduce los riesgos de crédito de los bancos y hace que a estos les resulte más atractivo mantener sus operaciones con las MIPYME⁹⁹.

5. Arrendamiento financiero¹⁰⁰

49. El arrendamiento es un mecanismo de financiación garantizada con bienes que las empresas de muchos países utilizan para financiar el uso y, a la larga, la compra de equipo u otros bienes. En un acuerdo de arrendamiento, el propietario (es decir, el arrendador) de un bien concede a la empresa (es decir, la arrendataria) el derecho de utilizarlo por un período determinado sobre la base de pagos de arrendamiento (habitualmente) mensuales. En un “arrendamiento financiero”, el arrendatario se beneficia de la vida económica de un bien de la misma manera en que lo haría su propietario legal y asume obligaciones conexas como el mantenimiento y aseguramiento, aunque el arrendador retiene el derecho de propiedad sobre ese bien¹⁰¹. El arrendatario tiene la opción (no la obligación) de comprar dicho bien por un precio nominal al término del plazo de arrendamiento y de que se le transmita el derecho de propiedad. De acuerdo con algunas formas de arrendamiento financiero, el derecho de propiedad sobre el bien se transmite al arrendatario de manera automática al término del plazo de arrendamiento¹⁰².

50. El arrendamiento financiero es una forma de financiación de corto a mediano plazo utilizada por las empresas para bienes de larga duración, en lugar de obtener préstamos a largo plazo para adquirirlos¹⁰³. Permite que las MIPYME conserven recursos en efectivo, ya que no se exigen pagos anticipados ni depósitos de garantía o las cuantías de estos son muy limitadas. Este rasgo lo convierte en una valiosa opción para las empresas emergentes sin necesidad de fondos para adquirir equipo o para las MIPYME que no cumplen los requisitos exigidos para obtener créditos comerciales según criterios de alto riesgo o por carecer de bienes que puedan ofrecer en garantía. El arrendamiento financiero también puede resultar rentable para las MIPYME que se enfrentan a dificultades financieras, especialmente cuando el bien arrendado permite generar flujos de efectivo¹⁰⁴. Sin embargo, el arrendamiento puede terminar siendo más caro que la compra debido al costo del bien arrendado a lo largo de toda su vida económica. Además, si la MIPYME no cumple con sus pagos mensuales del arrendamiento puede perder el bien, lo que abriría la posibilidad de poner en peligro la sostenibilidad de la MIPYME en el mercado.

51. El arrendamiento no exige que los Estados creen una sólida infraestructura crediticia. No obstante, podría resultar difícil promoverlo si no existe un registro de bienes nacional, el cual reduciría el riesgo de venta ilegal de los bienes arrendados, o si las leyes relativas a la recuperación de la posesión de los bienes son poco vigorosas, ya que esto puede menoscabar la capacidad del arrendador para recuperar el bien en caso de incumplimiento por parte de la MIPYME¹⁰⁵. Además, la carencia de normas suficientes en lo que respecta a la constitución y el funcionamiento de las empresas de arrendamiento puede aumentar los gastos de arrendamiento. Las empresas de arrendamiento financiero suelen ser instituciones que no toman depósitos y, en comparación con los bancos, están sujetas a requisitos de capital menos estrictos. Si bien esto puede darles más flexibilidad, por otra parte puede también limitarles las posibilidades de obtener fondos de mercados más volátiles y expansivos. Algunos países

⁹⁹ La secretaría ha agregado este análisis sobre la función de los Estados para incentivar los préstamos bancarios a las MIPYME, de conformidad con las deliberaciones celebradas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 40).

¹⁰⁰ La secretaría ha agregado esta sección sobre el arrendamiento financiero, como solicitó el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 43).

¹⁰¹ OCDE, *New Approaches to SME and Entrepreneurship Financing: Broadening the Range of Instruments*, 2015, párr. 128.

¹⁰² Véase *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* (2007), Introducción, párr. 26.

¹⁰³ OCDE, *New Approaches* (nota 101 *supra*), párr. 128.

¹⁰⁴ *Ibid.*, párr. 136.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párr. 139.

reducen este riesgo imponiendo requisitos de capital mínimo a los arrendadores no bancarios, lo que entraña la limitación del préstamo a una proporción de su valor liquidativo¹⁰⁶.

52. Desde el punto de vista de la capacidad de las instituciones financieras reguladas para ofrecer financiación a las MIPYME en forma de arrendamiento (o préstamos), una de las principales limitaciones (además de la disponibilidad de liquidez) pueden ser las debidas a los reglamentos prudenciales locales relativos al capital regulatorio mínimo que han de mantener los prestamistas. Por consiguiente, la existencia de mecanismos legislativos y regulatorios que favorezcan la optimización del capital regulatorio y su liberación puede repercutir positivamente en la capacidad de las instituciones financieras para prestar apoyo a las MIPYME y en la disponibilidad de financiación. A partir del capital regulatorio liberado, las instituciones financieras pueden utilizar ese capital para generar una nueva cartera de arrendamientos (o préstamos) a las MIPYME, lo que aumentaría el acceso de las MIPYME al crédito. La gestión activa del nivel de suficiencia del capital regulatorio puede lograrse mediante garantías de cartera, arreglos de distribución de riesgos u operaciones de titulización sintética o tradicional. Aunque esos mecanismos se basan en gran medida en disposiciones estándar de derecho civil y mercantil, en todos los casos se necesita un sólido régimen jurídico que favorezca la transferencia de riesgos de una cartera existente a un tercero, así como el reconocimiento regulatorio de esos mecanismos.

6. Instituciones financieras públicas (es decir, instituciones financieras de propiedad del Estado)¹⁰⁷

53. En muchos países existen instituciones financieras públicas que prestan servicios financieros a grupos desatendidos, como las pequeñas empresas, y que desempeñan una importante función anticíclica para mitigar las crisis de los mercados financieros¹⁰⁸. Algunas de esas instituciones funcionan como bancos comerciales con el mandato de conceder préstamos directamente a las MIPYME; otras son prestamistas “de segunda instancia” que financian a bancos comerciales y otras instituciones financieras que posteriormente conceden créditos a las MIPYME; y existen incluso otras en que se combinan funciones de concesión de préstamos directos e indirectos¹⁰⁹.

54. Las instituciones financieras públicas hacen posible que las MIPYME accedan al crédito con más facilidad que sus contrapartes comerciales, ya que son menos selectivas en sus estrategias relativas a las pequeñas empresas y están dispuestas a correr más riesgos¹¹⁰. Por ejemplo, a fin de ayudar a controlar los efectos de las crisis financieras internas o mundiales, en determinados países las instituciones financieras públicas han ofrecido moratorias sin intereses por períodos cortos para el pago de los préstamos; la oportunidad de reestructurar los préstamos con períodos de gracia prolongados; o el aumento de los límites de crédito, especialmente en el caso de las MIPYME que necesitan mantener el empleo de personal¹¹¹. Por lo general, las instituciones financieras públicas pueden ofrecer a las MIPYME préstamos con tasas de interés por debajo de las del mercado, exigen menos bienes en garantía o ninguno y aplican políticas de préstamos más transparentes.

55. Sin embargo, las instituciones financieras públicas pueden estar sujetas a estrictos requisitos de auditoría, presentación de informes y documentación que pueden restarles agilidad en comparación con los bancos comerciales en la tramitación de las solicitudes presentadas por las MIPYME¹¹². En lo que respecta a los Estados, una excesiva

¹⁰⁶ *Ibid.*, párr. 140.

¹⁰⁷ La secretaría ha incluido esta sección sobre las instituciones financieras públicas (conocidas también como instituciones financieras de propiedad del Estado), como solicitó el Grupo de Trabajo en su 38° período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 23, véase también la nota 40 *supra*).

¹⁰⁸ OCDE, *Evolution and Trends in SME Finance Policies since the Global Financial Crisis*, 2020, pág. 20.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ GPFI e IFC, *SME Finance Policy Guide*, 2011, pág. 50.

¹¹¹ FMI, *Fiscal Affairs, Public Banks' Support to Households and Firms*, 2020, pág. 2. Publicado en: <https://www.imf.org/en/Publications/SPROLLS/covid19-special-notes#fiscal>.

¹¹² GPFI e IFC, *SME Finance Policy Guide* (nota 110 *supra*), pág. 50.

dependencia de las instituciones financieras públicas para prestar apoyo a sectores vulnerables del mercado podría suponer elevados gastos financieros y fiscales con riesgos para la estabilidad financiera nacional. Por consiguiente, algunos Estados han adoptado medidas para aumentar la rendición de cuentas de las instituciones financieras públicas, por ejemplo velando por que esas instituciones cuenten con mandatos definidos más claramente y sólidas estructuras de gobernanza, e introduciendo procesos gubernamentales apropiados para prestar apoyo financiero a las instituciones¹¹³.

7. Financiación de capital circulante¹¹⁴

56. Para que existan y funcionen las MIPYME es indispensable que estas cuenten con niveles suficientes de recursos de financiación (es decir, de capital circulante). El capital circulante ayuda a sufragar gastos a corto plazo que no pueden sufrir demoras, por ejemplo, la compra de materias primas o los pagos salariales, así como a responder a situaciones de emergencia y mantener la solvencia. Esto garantiza la supervivencia y el crecimiento sostenible de las MIPYME. Existe una amplia gama de arreglos para generar capital circulante, algunos de los cuales (por ejemplo, las cartas de crédito) revisten particular importancia para las MIPYME, sobre todo las pequeñas y medianas empresas, que realizan operaciones de comercio transfronterizo; otros (por ejemplo, el factoraje, la cadena de suministro y la financiación contra recibos de almacén) pueden ser utilizados también en las actividades comerciales nacionales; incluso otros (por ejemplo, el *warrantage*) están destinados fundamentalmente al mercado nacional.

57. Las condiciones de pago establecidas en sus contratos con los clientes pueden ser las que determinen las decisiones de las MIPYME en cuanto al uso de tales arreglos. Las MIPYME son especialmente vulnerables a los calendarios de pago a largo plazo, ya que estos pueden reducir de manera considerable su flujo de efectivo y, por consiguiente, afectar sus operaciones. Los plazos de pago largos equivalen básicamente a un préstamo sin intereses que las MIPYME conceden a sus clientes (entre los que bien podrían figurar grandes sociedades) y también pueden reducir la capacidad de las MIPYME para acceder al crédito. En el supuesto de que una MIPYME haya tomado un préstamo, mientras no reciba el pago de sus facturas a los clientes incurrirá en gastos por intereses del préstamo que no recuperará con el pago de las facturas. Por consiguiente, los arreglos como la financiación de factoraje o de la cadena de suministro (y en el caso de las operaciones transfronterizas, las cartas de crédito) pueden ayudar a las MIPYME a mantener su viabilidad en el mercado y su capacidad de acceder al crédito en caso de no poder negociar calendarios de pago más cortos.

58. El **factoraje** se utiliza tradicionalmente para financiar las actividades de las pequeñas y medianas empresas mediante la compra de créditos por cobrar. Como se explica en la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* (2007), el factoraje es una forma de financiación basada en créditos por cobrar que consiste generalmente en la venta o cesión pura y simple de créditos por cobrar que realiza el otorgante en calidad de vendedor (normalmente llamado cedente) al factor (o agente financiero, que sería el cesionario)¹¹⁵. Para decidir si comprar o no un crédito por cobrar, el factor tiene en cuenta principalmente la solvencia de los clientes del otorgante y la exigibilidad del derecho al cobro documentado en las facturas, y en menor grado los estados financieros, los bienes gravables del activo fijo o el historial crediticio del

¹¹³ FMI, Fiscal Affairs, Public Banks' Support to Households and Firms, (nota 111 *supra*), pág. 3.

¹¹⁴ De conformidad con las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párrs. 41 y 42), la secretaría: i) ha sustituido el título "Financiación del comercio" por el actual; ii) ha eliminado toda referencia a la "financiación del comercio" en esta sección y en el resto del proyecto de guía; iii) ha reorientado el análisis del párrafo 56 (párr. 43 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) sobre los mecanismos de financiación de capital circulante y la manera en que podrían impulsarse estos con "calendarios de pago" por períodos largos; iv) ha eliminado las referencias a los "importadores" y los "exportadores" en toda la sección; y v) ha agregado párrafos sobre el "warrantage" y las cartas de crédito. Además, la secretaría ha incluido un párrafo sobre la financiación contra recibos de almacén, ya que el "warrantage" es un tipo particular de financiación contra recibos de almacén.

¹¹⁵ *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* (nota 102 *supra*), párr. 31.

vendedor¹¹⁶. Dado que las MIPYME pueden tener como clientes a empresas más solventes, el factor puede comprar créditos por cobrar en mejores condiciones que si concediera financiación directamente a una MIPYME con mayor nivel de riesgo¹¹⁷. Se ha informado de que en algunas jurisdicciones se utilizaban cheques posfechados en los contratos de factoraje para reforzar la exigibilidad del derecho al cobro¹¹⁸. En algunas otras jurisdicciones, la venta de créditos por cobrar improductivos por parte de las MIPYME para obtener un flujo de liquidez inmediato también se denomina “compra de deuda”. Esos créditos se venden con un descuento y el precio de compra se paga inmediatamente después de la celebración de un contrato de compra de deuda, con independencia del éxito del cobro de la deuda.

59. La **financiación de la cadena de suministro** se define como el uso de prácticas y técnicas de financiación y reducción de riesgos para optimizar la gestión del capital circulante y la liquidez invertidos en los procesos y operaciones de la cadena de suministro¹¹⁹. Es probable que se utilice en el comercio de “cuenta abierta” a partir de una relación comercial ya existente entre el comprador y el vendedor¹²⁰ y lo que añade la financiación de la cadena de suministro es la interposición de un banco o una empresa de tecnología financiera (véanse los párrs. 131 y 132) como intermediario en la financiación. Las soluciones de financiación de la cadena de suministro abarcan una combinación de tecnología y servicios que vinculan a compradores, vendedores y bancos o empresas de tecnología financiera para facilitar la financiación durante el ciclo de vida de la operación comercial de cuenta abierta y el pago de las sumas financiadas. En la práctica, las MIPYME suelen ser vendedoras con sede en países en desarrollo, que abastecen a grandes compradores de América del Norte, Europa o Asia. La financiación de la cadena de suministro ofrece a las MIPYME proveedoras diversas opciones para acceder a una financiación de costo asequible (como el descuento de créditos por cobrar, la forfetización, la financiación a distribuidores y la financiación previa al envío)¹²¹, que les permite reducir el tiempo que tardan en cobrar y, por consiguiente, mejorar considerablemente su flujo de efectivo. En particular, el factoraje inverso es también un elemento clave de la financiación de la cadena de suministro que permite a los compradores solventes facilitar opciones de financiación favorables a sus MIPYME proveedoras, mediante la confirmación expresa de las entregas y las consiguientes obligaciones de pago a un factor¹²².

60. La **financiación contra recibos de almacén** es un mecanismo, en algunos países regulado desde hace más de un siglo¹²³, que permite utilizar mercancías en calidad de

¹¹⁶ Existen diversos tipos de acuerdos de factoraje. El factor (cesionario) puede pagar una parte del precio de los créditos por cobrar en el momento de adquirirlos (factoraje de descuento) o puede efectuar el pago solo en el momento en que cobre los créditos (factoraje a cobrar) o en la fecha media de vencimiento de todos los créditos por cobrar (factoraje al vencimiento). *Ibid.*, párr. 32; Véase también OCDE, *New Approaches* (nota 101 *supra*), párr. 97.

¹¹⁷ IFC, *MSME Finance Gap* (nota 10 *supra*), pág. 45.

¹¹⁸ Informe resumido del tercer período de sesiones del Grupo de Trabajo del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado sobre la Ley Modelo de Factoraje, Estudio LVIII A – W.G.3 – Doc. 4 (julio de 2021, párr. 8). El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que esta oración se ha insertado a raíz de la sugerencia que había formulado de que se tratase la utilización de los cheques posfechados (A/CN.9/1084, párr. 40), lo que, a juicio de la secretaría, tiene más sentido en relación con la cuestión del factoraje que con la de la garantía personal.

¹¹⁹ ICC, *Standard Definitions for Techniques of Supply Chain Finance* (2016).

¹²⁰ ICC Academy, “Supply Chain Finance: An Introductory Guide”, sitio web, disponible en: <https://icc.academy/supply-chain-finance-an-introductory-guide>.

¹²¹ El descuento de créditos por cobrar es una técnica de financiación que permite a una empresa descontar la totalidad o una parte de sus créditos por cobrar (documentados en facturas pendientes de pago) con un financiador para inyectar efectivo por una sola vez con un fin determinado; la forfetización consiste en comprar una obligación de pago futura sin acción de regreso; la financiación para distribuidores se ofrece generalmente a los distribuidores de grandes fabricantes para cubrir el período durante el cual tienen las mercancías para su reventa y así subsanar la falta de liquidez hasta que reciban los fondos generados por la venta de las mercancías; y la financiación previa al envío, también conocida como financiación de órdenes de compra, se concede normalmente contra las órdenes de compra sobre la base de un acuerdo, pero también puede hacerse teniendo en cuenta las previsiones de la demanda o los contratos mercantiles celebrados.

¹²² OCDE, *New Approaches* (nota 101 *supra*), párr. 92.

¹²³ M. Dubovek y A. Elias, *A proposal for UNCITRAL to develop a Model Law on Warehouse receipts*, 2017, pág. 2, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3040742.

bienes dados en garantía para obtener préstamos. La financiación contra recibos de almacén puede utilizarse con todo tipo de mercancías, pero resulta particularmente adecuada en la agricultura. Puede beneficiar en especial a los pequeños agricultores de los países de ingreso bajo, ya que les da la posibilidad de colocar sus productos en almacenes y, tras un control de la calidad, obtener un recibo (en que se especifican la cantidad y la calidad de los productos) que pueden usar como bien en garantía para obtener préstamos de las instituciones financieras. Esto no impide que los agricultores vendan sus productos en el mercado cuando los precios les resulten más convenientes. La financiación contra recibos de almacén es ventajosa para los financiadores también, puesto que ayuda a que corran menos riesgos como prestamistas. Sin embargo, en el caso del almacenamiento privado¹²⁴, la MIPYME propietaria de los productos almacenados mantiene la posesión efectiva y legal de los productos. Esto puede entrañar un riesgo para los financiadores, ya que a pesar de haber recibido el recibo de almacén tal vez no puedan oponer sus garantías a terceros¹²⁵. Cabe señalar que, para que sea eficiente, todo sistema de financiación contra recibos de almacén ha de basarse no solo en una legislación moderna, sino también en una infraestructura adecuada y mercados secundarios para la venta de los bienes dados en garantía, así como en un sistema de supervisión eficaz.

61. En algunos países africanos existe una forma de préstamo de inventario basada en principios similares a los de la financiación contra recibos de almacén, aunque en el *warrantage* (este es el término utilizado) no hay recibos comercializables. El *warrantage* permite que los agricultores coloquen sus productos después de su cosecha en (pequeños) almacenes, por lo general bajo la administración conjunta de una organización de campesinos y una institución financiera y ubicado en su misma localidad. El agricultor puede usar el producto almacenado como bien dado en garantía por un valor de hasta el 80 % del importe del préstamo por un período de almacenamiento predeterminado y a una tasa de interés anual predeterminada. Después del período de almacenamiento, el agricultor puede recoger y vender el producto y pagar el préstamo o un comprador puede recoger los productos y pagar directamente a la institución financiera. Al igual que la financiación contra recibos de almacén, el *warrantage* puede aumentar el acceso de los agricultores al crédito ya que estos pueden usar los productos almacenados como bienes dados en garantía y hacer frente a las fluctuaciones de los precios en temporada alta¹²⁶ (para poder vender los productos en el momento más conveniente). También reduce los riesgos que correría la institución financiera al conceder el préstamo, ya que su participación en la administración del almacén le da más control sobre la operación con el agricultor. Además, el *warrantage* trae consigo otros beneficios, por ejemplo, dado que los bienes depositados no vienen tratados como productos fungibles, los campesinos pueden retirar sus propios bienes si consideran que su calidad corre peligro.

62. Las **cartas de crédito** incorporan el compromiso de un banco en nombre del comprador de que se efectuará el pago al vendedor, siempre que se cumplan las condiciones definidas en dichas cartas. La mayoría de las cartas de crédito se rigen por las *Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios*, promulgados por la Cámara de Comercio Internacional (ICC). Si bien contribuyen a financiar el capital circulante, las cartas de crédito son un mecanismo utilizado fundamentalmente por las

¹²⁴ Existen dos tipos principales de arreglos de almacenamiento, uno público y otro privado. A los fines del proyecto de guía, es importante destacar que entre ellos existen las diferencias siguientes: i) el tratamiento diferente de los productos colocados en el almacén (en los almacenes privados el propietario de los bienes no tiene que ceder su posesión a terceros); ii) el requisito de obtener una licencia del Estado y de prestar servicios al público en general (almacenes públicos); y iii) la supervisión y las inspecciones periódicas por parte del Estado (p.ej., los ministerios) o de las autoridades regulatorias (almacenes públicos). Para una introducción más detallada a la financiación contra recibos de almacén, véase M. Dubovek y A. Elias, A proposal for UNCITRAL (nota 123 *supra*), pág. 3.

¹²⁵ *Ibid.*, pág. 6.

¹²⁶ En los países en que existe el *warrantage*, se observó que la estacionalidad de los precios era menor y que las decisiones financieras y de plantación también se veían influidas positivamente. Véase Instituto Internacional de Investigación sobre Políticas Alimentarias, *Strengthening storage, credit and food security linkages – The role and potential impact of warehouse receipt systems in Malawi*, 2015, pág. 22.

empresas que participan en el comercio transfronterizo, con sujeción a la distancia entre los comerciantes, el tipo de productos objeto de comercio y la disponibilidad de estos. En el caso de las MIPYME más dinámicas, a menudo medianas empresas insertadas en cadenas globales de valor en calidad de socios más que de simples proveedores de componentes y que operan en los mercados emergentes, las cartas de crédito pueden ser un mecanismo más fiable que los préstamos interempresariales (por ejemplo, el factoraje), ya que las MIPYME no tienen que recurrir a prácticas de gestión de riesgos costosas ni complicadas. Sin embargo, las cartas de crédito exigen una documentación muy precisa (por ejemplo, conocimientos de embarque) relacionada con la operación subyacente, lo cual puede convertirlas en un mecanismo especialmente oneroso para las MIPYME carentes de los conocimientos especializados y la experiencia necesarios para preparar esa documentación¹²⁷.

63. Los mecanismos de financiación descritos en los párrafos anteriores suelen estar amparados por las leyes y reglamentos en vigor que regulan los contratos mercantiles y la solución de controversias, así como por marcos jurídicos o regulatorios específicos relativos al funcionamiento de los bancos o a un tipo de mecanismo concreto (por ejemplo, el factoraje). Las dificultades con que tropiezan las MIPYME para utilizarlos varían en función de la naturaleza de los mecanismos; en general, esas dificultades están relacionadas principalmente con los aspectos siguientes: i) la carencia de otros bienes que puedan dar en garantía; ii) posibles problemas relacionados con el conocimiento del cliente; iii) solicitudes de crédito con información insuficiente; iv) solicitudes que no son suficientemente rentables como para darles curso; v) requisitos legales complejos u onerosos que generan incertidumbre en cuanto a la posibilidad de hacer valer los derechos contra los exportadores locales, y vi) solicitudes que no es rentable tramitar debido a limitaciones relacionadas con el capital regulado¹²⁸. Para los financiadores, esas dificultades con que tropiezan las MIPYME son la otra cara de la moneda de las dificultades a las que se enfrentan ellos, como la escasa solvencia de algunas MIPYME y los elevados gastos de tramitación para un importe pequeño de financiación¹²⁹.

C. Mecanismos de capital¹³⁰

1. Inversión de capital por “padrinos empresariales”

64. Las inversiones realizadas por “padrinos empresariales”¹³¹ representan una de las principales categorías de fuentes formales de capital privado, que abarca una amplia gama de mecanismos de financiación externa que permiten a las empresas obtener fondos de fuentes privadas a cambio de una participación en la propiedad de la empresa¹³². La inversión de capital por padrinos empresariales es una fuente valiosa de fondos para las MIPYME, especialmente las que no están maduras todavía para obtener

¹²⁷ Véase OCDE, Trade finance for SMEs in the digital era, 2021, pág. 20.

¹²⁸ El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que en el informe citado en esta nota a pie de página solo se estudian las dificultades con que tropiezan las pequeñas y medianas empresas (PYME). BAsD, ADB Briefs núm. 113, “2019 Trade Finance Gaps, Growth, and Jobs Survey” (2019), pág. 5, figura 5.

¹²⁹ La secretaría ha eliminado la sección G relativa a los bonos empresariales que figura en el documento [A/CN.9/WG.I/WP.126](#), como pidió el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones ([A/CN.9/1090](#), párr. 44).

¹³⁰ La secretaría ha eliminado la segunda parte de este título (“para que las MIPYME accedan al crédito”), como acordó el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones ([A/CN.9/1090](#), párr. 66).

¹³¹ Las inversiones de padrinos empresariales se refieren a las inversiones realizadas por personas o grupos de personas adineradas que aportan financiación, por lo general fondos propios, a cambio de una participación en la propiedad de la empresa (a veces también a cambio de deuda convertible).

¹³² OCDE, New Approaches (nota 101 *supra*), párr. 332.

financiación con capital de riesgo¹³³. Los padrinos empresariales¹³⁴ suelen participar activamente en la administración de la empresa y pueden ofrecer conocimientos especializados en materia de gestión, acceso a una red y otros beneficios no financieros a las empresas en que invierten (entre ellas las MIPYME), lo que permite que estas crezcan hasta un punto en que los administradores de fondos de capital de riesgo podrían decidir invertir en ellas¹³⁵. Es difícil calcular el volumen de las inversiones realizadas por los padrinos empresariales porque estos suelen permanecer en el anonimato y rara vez revelan los detalles de sus inversiones¹³⁶.

65. Las leyes y reglamentos vigentes que regulan los contratos mercantiles suelen abarcar las inversiones de los padrinos empresariales, en la medida en que los derechos y obligaciones del inversionista se establecen en un acuerdo contractual. Esas inversiones también pueden estar sujetas al derecho de sociedades relativo a la gobernanza empresarial y otras cuestiones no contractuales. Si el padrino empresarial procede de otro país, esa inversión también puede estar sujeta a las leyes relativas a la inversión extranjera directa.

66. Los padrinos empresariales también pueden invertir en forma de deuda convertible, lo que también les permite convertir su préstamo en capital en fecha posterior. Para las MIPYME en fase inicial, este mecanismo podría resultar más atractivo que la financiación mediante la emisión de acciones, ya que les permite aplazar cualquier cambio en la estructura del régimen de propiedad de la empresa (que puede producirse inmediatamente cuando la inversión se realiza a cambio de una participación en la propiedad de la empresa). Asimismo, ayuda a las MIPYME a captar fondos más rápidamente ya que supone menos negociaciones y trámites burocráticos. Los padrinos empresariales también pueden considerar que la deuda convertible es especialmente valiosa, ya que reciben intereses por el importe del préstamo y, en caso de incumplimiento de la MIPYME, pueden tener más probabilidades de recuperar la deuda¹³⁷.

67. Independientemente de la forma que adquieran, ya sea como deuda o como capital, las inversiones realizadas por padrinos empresariales rara vez constituyen una fuente garantizada de financiación para todo tipo de empresas, como sucede con el apoyo de familiares y amigos. Por lo general, los padrinos empresariales invierten en MIPYME innovadoras que se encuentran en una etapa temprana de su ciclo de vida¹³⁸. La ausencia de incentivos fiscales para las inversiones de los padrinos empresariales y la falta de fondos públicos de coinversión que complementen los fondos de los padrinos empresariales con cantidades similares de fondos públicos aprobadas como parte del plan pueden dificultar las inversiones de padrinos empresariales en las MIPYME en determinados países¹³⁹.

2. Capital de riesgo

68. Como forma de capital privado, el capital de riesgo es una importante fuente de fondos para las MIPYME en países con economías desarrolladas y economías en transición. Los administradores de fondos de capital de riesgo invierten directamente en MIPYME que no cotizan en bolsa, con el fin de aportar capital y conocimientos técnicos y de gestión para aumentar el valor de esas empresas y obtener una ganancia cuando se

¹³³ Los administradores de fondos de capital de riesgo invierten directamente en MIPYME que no cotizan en bolsa, con el fin de aportar capital y conocimientos técnicos y de gestión para aumentar el valor de esas empresas y obtener una ganancia cuando se retiran de ellas (p. ej., al vender la empresa después de algunos años). Véase Equipo de Tareas Interinstitucional sobre la Financiación para el Desarrollo (nota 18 *supra*), pág. 67.

¹³⁴ Generalmente son inversionistas, ya sean personas físicas o jurídicas, que invierten capital con la expectativa de obtener un rendimiento financiero.

¹³⁵ OCDE, Financing SMEs and Entrepreneurs 2020 (nota 14 *supra*), pág. 43.

¹³⁶ Fondo Europeo de Inversiones (nota 65 *supra*), pág. 32.

¹³⁷ La secretaría ha agregado este breve análisis sobre la financiación de padrinos empresariales como mecanismo convertible en consonancia con las deliberaciones celebradas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 68).

¹³⁸ OCDE, Financing SMEs and Entrepreneurs 2020 (nota 14 *supra*), pág. 43.

¹³⁹ OCDE, New Approaches (nota 101 *supra*), párr. 405.

retiran de ellas (por ejemplo, al vender la empresa después de algunos años)¹⁴⁰. Además de invertir en empresas emergentes, los administradores de fondos de capital de riesgo también proporcionan financiación a empresas en pleno funcionamiento¹⁴¹.

69. Las inversiones en capital de riesgo suelen estar contempladas en las leyes y reglamentos en vigor que regulan los contratos mercantiles (en la medida en que los derechos y obligaciones del inversionista se establecen en un acuerdo contractual) y el derecho de sociedades (en el contexto de la gobernanza empresarial y otras cuestiones no contractuales). Si el administrador de los fondos de capital de riesgo procede de un país extranjero, esa inversión también puede estar sujeta a las leyes relativas a la inversión extranjera directa. Si bien la inversión de capital de riesgo podría quizás reducir la brecha de financiación de las MIPYME, no es un tipo de financiación apropiado para todas ellas. Los administradores de fondos de capital de riesgo suelen interesarse únicamente por un pequeño grupo de MIPYME que tienen (como mínimo) un modelo de negocios que les permita una expansión rápida¹⁴². Además, en general los mayores desafíos que plantea el negocio del capital de riesgo son el entorno de salida (incluida la validez de las cláusulas de salida y la posibilidad de hacerlas cumplir), la captación de fondos, la alta valoración de las empresas en las que se invierte y el número limitado de empresas de alta calidad, lo que se aplica igualmente al sector de las MIPYME¹⁴³.

70. En determinados países, el principal obstáculo que tiene el sector de la financiación de las MIPYME para movilizar fondos de capital de riesgo es el desarrollo insuficiente de los mercados de capital privado¹⁴⁴. La inexistencia de un marco regulador favorable y la falta de capacitación y datos sobre los distintos sectores de actividad económica también desalientan las inversiones de capital de riesgo en otros países¹⁴⁵.

71. Cabe destacar que en determinadas jurisdicciones la deuda de riesgo es también una importante fuente de fondos para las empresas en fase inicial¹⁴⁶. En su forma de capital, la deuda de riesgo consiste en proporcionar financiación combinando dos mecanismos: i) un préstamo, con el que se ofrece financiación a mediano plazo (normalmente reembolsable en el plazo de cinco o seis años) y que puede estructurarse de forma tal que tanto el capital como una parte de los intereses deben pagarse únicamente al vencimiento; y ii) un incentivo de participación en el capital de la empresa (“equity kicker”) que permite a los proveedores de deuda de riesgo recibir un porcentaje de participación en el capital social de las MIPYME. Ese incentivo de participación en el capital puede adoptar diversas formas, como recibos de depósito, regalías, participación en las utilidades u opciones de convertibilidad vinculadas al préstamo.

72. El elemento de deuda en el producto de deuda de riesgo es muy parecido en todas las jurisdicciones, mientras que el “equity kicker” es especialmente sensible a las particularidades de las leyes locales, por lo que su forma y estructura han de adaptarse a la jurisdicción de que se trate. Determinadas empresas en fase inicial lo consideran un mecanismo de financiación favorable ya que tiene un menor efecto de dilución y porque

¹⁴⁰ Equipo de Tareas Interinstitucional sobre la Financiación para el Desarrollo (nota 18 *supra*), pág. 67.

¹⁴¹ Fondo Europeo de Inversiones (nota 65 *supra*), pág. 25.

¹⁴² ITC, SME Competitiveness Outlook 2019 (nota 19 *supra*), pág. 25.

¹⁴³ FEI, EIF VC Survey 2019 – Fund managers’ market sentiment and policy recommendations, 2019, p. iv.

¹⁴⁴ Por ejemplo, en África, alrededor de la mitad de quienes respondieron en una encuesta por sector de actividad económica indicaron que el número limitado de administradores de fondos de capital privado que tuvieran una sólida trayectoria era un factor que desalentaba la inversión. Véase Equipo de Tareas Interinstitucional sobre la Financiación para el Desarrollo (nota 18 *supra*), pág. 67.

¹⁴⁵ ITC, SME Competitiveness Outlook 2019 (nota 19 *supra*), pág. 27.

¹⁴⁶ En Europa, se calcula que la deuda de riesgo representa alrededor del 3 % de las operaciones anuales de capital de riesgo en cuanto a cantidades (el Banco Europeo de Inversiones es el principal inversionista). En los Estados Unidos, los estudios sitúan esta cifra en alrededor del 15 %.

los proveedores de deuda de riesgo no intervienen en la administración de la empresa, en comparación con la inversión sencilla y directa en capital social^{147, 148}.

D. Mecanismos de tecnofinanzas^{149, 150}

1. Introducción¹⁵¹

73. Los rápidos adelantos de la tecnología digital ocurridos en la última década han dado origen a nuevos servicios y productos financieros (por ejemplo, dinero móvil, cuentas en línea, pagos, seguros y créditos electrónicos) así como a nuevos modelos de negocio que pueden facilitar el acceso de las MIPYME al crédito de manera más rápida, cómoda y a veces más barata que los métodos tradicionales (aunque en algunas regiones el elevado costo de Internet podría suponer en la práctica un aumento del costo del crédito). La pandemia de COVID-19 ha acelerado de manera impresionante el uso de esos productos debido a la necesidad de acceder al crédito a pesar de las dificultades derivadas de los confinamientos y toques de queda generalizados que provocaron el cierre de sucursales bancarias y que, en muchos países con economías emergentes, paralizaron las actividades de las agencias de dinero móvil. Para las mujeres que suelen desempeñar funciones tanto dentro como fuera del hogar y tienen que hacer frente a las consiguientes limitaciones de tiempo, y para aquellas que, en algunas culturas, tienen limitados sus movimientos fuera del hogar y a menudo dependen de la aprobación de sus maridos, los servicios financieros digitales son decisivos para aumentar su acceso al crédito, especialmente cuando la distancia geográfica de los mercados y los servicios financieros es también un problema.

74. Como ya se ha señalado (véase el párr. 26), el suministro de esos nuevos productos financieros digitales depende, en particular, de “nuevos agentes económicos” como los operadores de redes móviles, las empresas de tecnofinanzas (FinTech) y las grandes empresas de tecnología de la información y las comunicaciones (BigTech)¹⁵². Los operadores de redes móviles son grandes proveedores de servicios de telecomunicaciones que también tienen licencia para ofrecer servicios de dinero electrónico a través de teléfonos móviles y redes de telefonía móvil¹⁵³. En varios países, los operadores de redes móviles han creado últimamente productos de crédito digitales¹⁵⁴.

¹⁴⁷ La secretaría ha agregado este breve análisis sobre las formas convertibles del capital de riesgo de conformidad con las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 68).

¹⁴⁸ Como pidió el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 70), la secretaría ha eliminado del proyecto de guía la sección relativa a la cotización en la bolsa de valores (párrs. 123 y 124 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126).

¹⁴⁹ La secretaría ha agregado el capítulo relativo a los mecanismos de tecnofinanzas como última parte del capítulo III revisado, de conformidad con lo acordado por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 71).

¹⁵⁰ La secretaría ha eliminado el párrafo inicial de esta sección (párr. 129 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) para facilitar la lectura del texto.

¹⁵¹ En su 37º período de sesiones, el Grupo de Trabajo llegó al acuerdo de que en la parte introductoria de la sección relativa a las tecnofinanzas se analizaran los servicios financieros digitales como fuente de financiación (A/CN.9/1090, párr. 71). La secretaría ha mantenido el párrafo inicial (párr. 130 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) sin modificaciones ya que está en consonancia con las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo. No obstante, en la próxima versión del proyecto de guía la secretaría aumentará la coherencia de los tres párrafos posteriores (párrs. 131 a 133 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) con la nueva parte introductoria del capítulo III.

¹⁵² GPFI, Promoting digital and innovative SME financing (nota 27 *supra*), pág. 9.

¹⁵³ Las primeras soluciones de dinero móvil se ofrecieron a finales del año 2000 y se trataba de transferencias de dinero y pagos en los que los operadores de redes móviles actuaban como agentes de las instituciones financieras más tradicionales.

¹⁵⁴ Por ejemplo, en Kenia la empresa Safaricom ha creado un servicio de ahorro y préstamo llamado M-Shwari que permite a los clientes abrir y operar una cuenta bancaria M-Shwari a través de su teléfono móvil. Para poder obtener un préstamo, los solicitantes deben llevar suscritos a Safaricom al menos seis meses, ahorrar en M-Shwari y utilizar activamente otros servicios de Safaricom como los de transmisión de voz y datos y su servicio de dinero electrónico M-PESA. Los límites de los préstamos van de 100 a 50.000 chelines kenianos y el plazo estándar de devolución del préstamo es de un mes (30 días). Solo se permite un préstamo a la vez. El pago del préstamo puede

75. Las empresas de tecnofinanzas son principalmente sociedades del sector tecnológico que se especializan en el suministro de un determinado producto o servicio financiero mediante el uso de tecnologías y modelos de negocio innovadores¹⁵⁵. Por ejemplo, pueden operar como proveedores de pagos digitales, aseguradoras digitales, bancos exclusivamente digitales o plataformas de préstamos entre pares. En algunos países no necesitan una licencia bancaria para operar; mientras que en otros la legislación reciente los coloca bajo la supervisión de las autoridades del mercado financiero nacional¹⁵⁶.

76. Las grandes empresas de tecnología de la información y las comunicaciones son grandes empresas tecnológicas con posiciones dominantes en el mercado de los servicios digitales, como los motores de búsqueda en línea, las plataformas de medios sociales o las plataformas de comercio electrónico, que también ofrecen productos y servicios financieros digitales. Suelen entrar en el mercado financiero una vez que han establecido una base de clientes y un reconocimiento de la marca y existe una fuerte complementariedad entre los servicios financieros que prestan, sus actividades principales no financieras y las economías de alcance y escala conexas^{157, 158}.

i) *Utilización de la tecnología de registros distribuidos*¹⁵⁹

77. En los últimos años, varias empresas de tecnofinanzas han venido utilizando cada vez más la tecnología de registros distribuidos para prestar sus servicios financieros¹⁶⁰. La tecnología de registros distribuidos se puede interpretar como un conjunto de tecnologías y métodos que se despliegan para establecer y mantener un registro (o base de datos) que se comparte, reproduce y sincroniza en múltiples computadoras (o servidores) en red. Por ejemplo, las empresas de tecnofinanzas han creado un *software* concebido especialmente para el factoraje que permite la tramitación

hacerse a través de M-PESA o de la cuenta M-Shwari. Se cobra una comisión de facilitación de préstamos del 7,5 % en los productos de microcrédito (préstamos). En Ghana, el préstamo MTN Qwik es uno de los servicios de préstamo de dinero más comunes de los operadores de redes móviles. Es un préstamo en efectivo a corto plazo y sin garantía a disposición de los abonados del monedero MTN Mobile Money. Puede obtenerse más información en <https://mfidie.com/get-mobile-money-loans-ghana-fast/>.

¹⁵⁵ Si bien la primera generación de empresas de tecnología financiera se centró en la digitalización de la oferta de los bancos tradicionales, con el tiempo han surgido productos y servicios singulares, como la financiación en el punto de venta o los préstamos de pequeño importe. La financiación en el punto de venta permite a los usuarios financiar rápidamente grandes compras con préstamos sin intereses, en lugar de con tarjetas de crédito, que se establecen en el punto de venta. Los adelantos tecnológicos hacen que la financiación en los puntos de venta resulte barata para las pequeñas empresas. Por ejemplo, Blispay no cobra intereses a las empresas si estas devuelven los préstamos en un plazo de seis meses, pero la comisión sube después al 19,99 %. Véase www.aseantoday.com/2019/03/point-of-sale-finance-the-next-big-thing-in-FinTech-development/. El modelo de préstamos de pequeño importe creado por las empresas de tecnofinanzas permite ofrecer mecanismos de compra (como los de “compre ahora y pague después”) y botones de compra de un solo clic en los sitios web de comercio electrónico que hacen que los clientes compren rápidamente sin necesidad de ninguna autenticación ni de utilizar ningún dato de tarjeta. Ese modelo permite ganar dinero compartiendo los datos de los clientes con el fabricante original del equipo. Véase *FinTech business models - UppLabs FinTech development*.

¹⁵⁶ Finanzmarktaufsicht Österreich (FMA), *Was ist FinTech?*, tomado de www.fma.gv.at/kontaktstelle-FinTech-sandbox/FinTechnavigator/was-ist-FinTech/.

¹⁵⁷ Banco de Pagos Internacionales, *Annual Economic Report 2019*, pág. 61.

¹⁵⁸ La secretaría ha eliminado la última oración del párrafo (párr. 133 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126), ya que el análisis sobre las plataformas de comercio electrónico ha pasado al inicio del capítulo III.

¹⁵⁹ La secretaría ha abreviado la subsección relativa a la tecnología de registros distribuidos (párrs. 146 a 149 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) y la trasladó a la parte introductoria de esta Sección C, relativa a los mecanismos de tecnofinanzas, como pidió el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 72).

¹⁶⁰ La referencia a la tecnología de registros distribuidos en el presente texto no tiene por objeto recomendar el uso de esa tecnología en particular, sino más bien describir el modo en que se aplican y podrían aplicarse esas tecnologías a temas relacionados con el acceso de las MIPYME al crédito. Ninguna iniciativa de reforma debería excluir involuntariamente la adopción de tecnologías emergentes que podrían aumentar aún más el acceso de las MIPYME al crédito.

automática en línea de las solicitudes y pagos instantáneos¹⁶¹. El *software* de tecnofinanzas para el factoraje puede incluir cada vez más el uso de la tecnología de cadenas de bloques (por ejemplo, los contratos inteligentes), que podría ayudar a eliminar a múltiples intermediarios, papeleo, tasas y procesos ineficientes, así como a prevenir el fraude, ya que cada participante en el sistema puede comprobar la existencia de un contrato de factoraje y cada etapa de la operación¹⁶². También se han creado modelos basados en la tecnología de registros distribuidos para sistemas de recibos de almacén y se han aplicado en varias industrias, como la agrícola y la petroquímica¹⁶³. Podría asimismo considerarse la posibilidad de utilizar la tecnología de registros distribuidos (como la tecnología de cadenas de bloques) para garantizar la calidad de los datos en los sistemas de información crediticia, dado que la tecnología de registros distribuidos tiene varias características intrínsecas que están en consonancia con los requisitos de seguridad e integridad de los datos almacenados¹⁶⁴.

ii) *Un marco legislativo que favorezca los mecanismos de tecnofinanzas para aumentar el acceso de las MIPYME al crédito*¹⁶⁵

78. Todo marco legislativo que favorezca los productos de tecnofinanzas debe basarse fundamentalmente en medidas o leyes de regulación distintas del derecho mercantil. Por ejemplo, en las leyes de protección de datos se prevé el deber de la plataforma de proteger los datos de sus usuarios; en la legislación bancaria en general se contemplan las obligaciones relativas al conocimiento de los clientes; y las leyes de lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo pueden aplicarse a la comisión de fraudes por los operadores de las plataformas. Entre las leyes de los ámbitos del derecho mercantil y el derecho de los contratos que resultan pertinentes en este contexto figuran fundamentalmente aquellas que garantizan la formación, la validez y la ejecución de los contratos celebrados por medios tecnológicos.

79. Por consiguiente, es importante que cada país tenga un marco jurídico por el que se establezca la equivalencia funcional y jurídica de los documentos electrónicos y en papel, se reconozca la validez jurídica de las firmas electrónicas y los documentos electrónicos, y se contemplen cuestiones como la autenticación y la fecha, hora y lugar de envío y recepción de los mensajes electrónicos. En tal sentido, los textos legislativos de la CNUDMI sobre las operaciones electrónicas de datos, la identidad digital y los servicios de confianza pueden ofrecer soluciones que se adapten a las distintas tradiciones jurídicas y a países con diverso grado de desarrollo económico.

80. Por ejemplo, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)¹⁶⁶ (LMCE), se establecen normas para que la información electrónica y la información en papel reciban el mismo trato y para que se confiera reconocimiento jurídico a las operaciones y procesos electrónicos, sobre la base de los principios fundamentales de no discriminación del uso de medios electrónicos, equivalencia funcional y neutralidad tecnológica¹⁶⁷. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas

¹⁶¹ Foro Económico Mundial (nota 85 *supra*), pág. 20. Véase una definición de tecnofinanzas en A/CN.9/WG.I/WP.119, párr. 55.

¹⁶² Grupo de Trabajo del UNIDROIT sobre la Ley Modelo de Factoraje, “Background Research Report for the First Session”, Estudio LVIII A – W.G.1 – Doc. 3, puede consultarse en: www.unidroit.org/english/documents/2020/study58a/wg01/s-58a-wg-01-03-rev01-e.pdf.

¹⁶³ Grupo de Trabajo del UNIDROIT sobre una Ley Modelo de Resguardos de Almacén, “Background Research Report for the First Session”, Estudio LXXXIII – W.G.1 – Doc. 4, párrs. 53 a 55, puede consultarse en: www.unidroit.org/english/documents/2020/study83/wg01/s-83-wg01-04-e.pdf.

¹⁶⁴ Esas características son, entre otras, las siguientes: i) resistencia a la manipulación; ii) un proceso independiente de verificación de datos que detecta manipulaciones; iii) un sistema con una estructura distribuida y duplicada; y iv) una red de nodos heterogéneos, *Ibid.*, pág. 17.

¹⁶⁵ En consonancia con las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 73), la secretaría ha simplificado esta subsección (párrs. 150 a 155 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) y la ha trasladado a la parte introductoria de esta sección, relativa a los mecanismos de tecnofinanzas.

¹⁶⁶ Véase Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno 1996 con el nuevo artículo 5 *bis* aprobado en 1998.

¹⁶⁷ El principio de “neutralidad tecnológica” significa que la ley no presupone el uso de determinados tipos de tecnología. El principio de “equivalencia funcional” establece el criterio de que las comunicaciones electrónicas podrán considerarse equivalentes a las comunicaciones en papel.

Electrónicas (2001)¹⁶⁸ (LMFE) complementa a la LMCE mediante el establecimiento de criterios de fiabilidad técnica para la equivalencia entre las firmas electrónicas y las manuscritas. La LMFE se basa en los mismos principios de la LMCE y, además, establece normas de conducta básicas que pueden servir de directrices para evaluar los deberes y responsabilidades del firmante, la parte que confía y terceros fiables que intervienen en el proceso de firma. En el contexto de los documentos electrónicos, el objetivo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos (2017) (LMDTE) es hacer posible el uso de los documentos transmisibles electrónicos en el marco del derecho, tanto a nivel nacional como internacional¹⁶⁹. En la LMDTE se establece que no se negarán los efectos jurídicos, la validez ni la fuerza ejecutoria de un documento transmisible electrónico que cumpla los requisitos de esa Ley por la sola razón de que esté en forma electrónica. Por último, pero no por ello menos importante, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Utilización y el Reconocimiento Transfronterizo de la Gestión de la Identidad y los Servicios de Confianza¹⁷⁰ se tienen en cuenta diversos obstáculos que impiden un uso más amplio de los sistemas de gestión de la identidad y servicios de confianza, especialmente en el plano internacional.

81. Tal vez haría falta más claridad jurídica en lo que respecta a determinados adelantos en las tecnofinanzas que introducen arreglos contractuales no tradicionales (por ejemplo, los contratos inteligentes¹⁷¹ o los asesores robóticos¹⁷²). Esos contratos nuevos pueden plantear dudas con respecto a la validez, el carácter vinculante, la exigibilidad del cumplimiento o la responsabilidad por errores que pueden no estar previstos en la legislación nacional vigente. En la actualidad, esas dudas son objeto de análisis por la CNUDMI en el marco de un nuevo proyecto de su Grupo de Trabajo IV sobre la contratación automatizada, en el que se examinarán las lagunas existentes en el derecho vigente y sus posibles soluciones jurídicas.

82. Varios países establecieron entornos protegidos desde el punto de vista jurídico y regulatorio (es decir, espacio de microsimulación regulatoria) a fin de ensayar dentro de determinados plazos y bajo el control de los organismos reguladores nuevos productos y servicios creados por las empresas de tecnofinanzas con el objetivo de determinar si podían pasar a su comercialización masiva. Los espacios de microsimulación regulatoria permiten a los reguladores precisar qué riesgos podrían plantear esas innovaciones¹⁷³ e introducir nuevas leyes o reglamentos, o modificar los existentes, para responder a ellos¹⁷⁴. Determinados países, por ejemplo, han promulgado leyes destinadas

¹⁶⁸ Véase Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno (2001).

¹⁶⁹ Véase Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos (2017).

¹⁷⁰ La CNUDMI aprobó la Ley Modelo en su 55º período de sesiones, celebrado en julio de 2022. Cuando se preparó la presente versión del proyecto de guía, la versión más reciente de la Ley Modelo figuraba en el documento [A/CN.9/1113](#), por lo que no contenía las modificaciones acordadas por la Comisión durante el período de sesiones. La Ley Modelo se basa en los textos vigentes de la CNUDMI en materia de comercio electrónico y los complementa, en particular sus disposiciones relativas a las firmas electrónicas. La confianza es un elemento fundamental del comercio y es especialmente importante en línea, ya que los medios electrónicos permiten realizar operaciones sin interacción personal previa. La gestión de la identidad tiene la finalidad de proporcionar garantía suficiente de la identificación en línea de las personas físicas y jurídicas. Los servicios de confianza están destinados a proporcionar garantía suficiente de la calidad de los datos, por ejemplo, con respecto a su origen, su integridad y el momento de su transmisión. En la Ley Modelo se precisan los requisitos legales para lograr ese nivel de garantía y se establece una norma legislativa no solo para la realización de operaciones electrónicas y el uso de documentos electrónicos, sino también, de forma más general, para los intercambios de datos.

¹⁷¹ Véase un breve análisis de los distintos significados del término “contrato inteligente” en [A/CN.9/1012/Add.1](#), párr. 24. En el contexto de las operaciones de tecnofinanzas, el término “contrato inteligente” puede usarse para referirse a situaciones en que las obligaciones contractuales de las partes se cumplen mediante funciones automatizadas del *software*, una vez que el prestatario ha expresado su acuerdo sobre las condiciones haciendo clic (“De acuerdo”), tras lo cual no es posible alterar los contratos: véase Banco Mundial, *Smart Contract Technology and Financial Inclusion*, 2020, pág. 6.

¹⁷² Los asesores robóticos son plataformas en línea que utilizan algoritmos para crear y administrar automáticamente las carteras de los clientes.

¹⁷³ G. Cornelli, S. Doerr, L. Gambacorta y Q. Merrouche, BPI, Documento de trabajo núm. 901, *Inside the regulatory sandbox: effects on fintech funding*, 2020, pág. 2.

¹⁷⁴ Banco Mundial, *Global Experiences from Regulatory Sandboxes*, 2020, pág. 2.

a facilitar el establecimiento de espacios de microsimulación regulatoria como elemento clave de sus sistemas internos de tecnofinanzas¹⁷⁵. Los espacios de microsimulación regulatoria pueden ser ventajosos para las empresas de tecnofinanzas también, ya que estas pueden recibir asesoramiento de los reguladores sobre la manera de navegar en el entorno regulatorio y obtener autorización para nuevos productos^{176, 177}.

2. Ejemplos de algunos mecanismos de tecnofinanzas para el acceso al crédito¹⁷⁸

83. Los productos digitales facilitados por las tecnofinanzas y los modelos de negocio subyacentes abarcan una amplia gama de servicios financieros y se hallan en constante evolución, de ahí que los párrafos siguientes se centrarán en tres productos de crédito que satisfacen necesidades básicas de las empresas y son relativamente sencillos de utilizar. Aunque son apropiados para todas las MIPYME, independientemente de la etapa de desarrollo en que se encuentren, pueden ser de especial interés para las MIPYME durante sus etapas iniciales¹⁷⁹.

a) Préstamos basados en plataformas¹⁸⁰

84. En los préstamos basados en plataformas, la plataforma funciona como un intermediario que pone en contacto a las MIPYME que necesitan capital con posibles financiadores. Establecidos en un principio como un mercado especializado para poner en contacto a prestatarios y financiadores, los préstamos basados en plataformas han evolucionado y dado lugar a una gran variedad de modelos de negocio. En muchos países, los dos tipos más comunes son la financiación colectiva basada en préstamos (conocida también como “préstamos entre pares”) y la financiación colectiva basada en inversiones. Los dos modelos son bastante similares y a veces pueden coincidir en determinados aspectos. La principal diferencia radica en que la financiación colectiva basada en préstamos tiene su origen en los préstamos, mientras que la financiación colectiva basada en inversiones tiene la finalidad de captar fondos de inversión con la emisión de valores. Como ya se ha señalado, el éxito de esas plataformas depende de su capacidad para resolver cuestiones de riesgo moral y superar importantes barreras de entrada relacionadas con una selección adversa y la ventaja de costo de la financiación de las instituciones financieras reguladas¹⁸¹.

85. No existen normas o principios jurídicos globales que rijan esas plataformas y cada vez son más los países que elaboran normas específicas para que esas plataformas funcionen con más transparencia, eficiencia y estabilidad, así como para reducir los riesgos que puedan suponer para sus usuarios, tanto las MIPYME como los posibles financiadores. Por ejemplo, en octubre de 2020 la Unión Europea aprobó un reglamento relativo a los proveedores de servicios de financiación colectiva para empresas con el que por primera vez se establecen reglas uniformes en toda la Unión Europea para la prestación de servicios de financiación colectiva basada en inversiones y en préstamos

¹⁷⁵ Véase Mexico en Banco Mundial, *ibid.* pág. 20.

¹⁷⁶ G. Cornelli, S. Doerr, L. Gambacorta y Q. Merrouche, BPI, Documento de trabajo núm. 901 (nota 173 *supra*), pág. 2.

¹⁷⁷ La secretaría ha agregado este párrafo sobre los espacios de microsimulación regulatoria en consonancia con una sugerencia formulada por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 74).

¹⁷⁸ Como pidió el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párrs. 72 y 73), la secretaría ha reorganizado esta subsección e incluido un análisis sobre el crédito móvil digital. Véanse también las notas 54 y 159 *supra*.

¹⁷⁹ La secretaría ha eliminado la última oración y modificado el resto del párrafo en consecuencia (párr. 134 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) para que sea más coherente con los cambios introducidos en esta subsección respecto de los ejemplos de determinados mecanismos de tecnofinanzas.

¹⁸⁰ En su 37º período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó aclarar más los párrafos sobre la financiación colectiva a fin de distinguir entre la basada en préstamos (préstamos entre pares) y la basada en inversiones (A/CN.9/1090, párr. 72). Para dar cumplimiento a esa decisión, la secretaría: i) ha agrupado la financiación colectiva basada en préstamos entre pares y la basada en inversiones bajo el título “Préstamos basados en plataformas”; y ii) ha redactado un encabezamiento para presentar esos dos modelos de negocios. Además, la secretaría ha incluido una referencia a la primera norma regional sobre financiación colectiva (Reglamento (UE) 2020/1503).

¹⁸¹ OCDE (escrito por O. Havrylchuk), Regulatory framework for the loan-based crowdfunding platforms, 2018, pág. 3.

en lo que respecta a la financiación de empresas. Mediante ese reglamento se establece un marco armonizado para la protección de los financiadores que invierten a través de las plataformas, que también pueden beneficiar a las MIPYME que solicitan préstamos, el cual se basa en los elementos siguientes: i) normas claras sobre la revelación de información tanto para las MIPYME que presentan propuestas de proyectos como para las plataformas de financiación colectiva; ii) normas en materia de gobernanza y gestión de riesgos para las plataformas de financiación colectiva; y iii) sólidas facultades de supervisión armonizadas para las autoridades nacionales que supervisan el funcionamiento de las plataformas¹⁸².

i) *Financiación colectiva basada en préstamos (préstamos entre pares)*

86. La financiación colectiva basada en préstamos suele explicarse como la concesión de créditos a través de plataformas en línea que ponen en contacto a prestatarios con prestamistas. Los préstamos obtenidos a través de las plataformas suelen ser sin garantía. Las plataformas de financiación colectiva basada en préstamos pueden ir desde plataformas en las que un prestamista solo actúa como prestamista directo para un solo préstamo hasta plataformas en las que el prestamista puede invertir en grupos o carteras de préstamos indirectamente¹⁸³. Los prestamistas pueden pujar por los préstamos ofreciendo un tipo de interés al que prestarían. Los prestatarios aceptan entonces las ofertas de préstamo al tipo de interés más bajo. Esa flexibilidad en los tipos de interés es una de las ventajas para las MYPE; otra es la posibilidad de obtener préstamos de muy pequeña cuantía que las instituciones financieras tal vez rechacen conceder.

87. La plataforma puede proporcionar diversos servicios para ayudar a poner en contacto al prestamista o prestamistas con las pequeñas empresas y facilitar la concesión del préstamo; por ejemplo, puede evaluar la información sobre el solicitante del préstamo, proporcionar el marco contractual para el contrato de préstamo y establecer el precio del préstamo. También puede garantizar el servicio de los préstamos y reunir los fondos de los prestamistas para su desembolso a los prestatarios, los pagos de los prestatarios a los prestamistas y ocuparse de los impagos de los préstamos¹⁸⁴. Las características de las plataformas de financiación colectiva basada en préstamos pueden variar notablemente a nivel internacional y dentro de los mercados nacionales y, debido a la variedad de ofertas y modelos de negocio, puede haber solapamientos entre esas plataformas y las plataformas de financiación colectiva basada en inversiones que ofrecen financiación colectiva basada en deuda (véanse los párrs. 83 y 84).

88. La financiación colectiva basada en préstamos generalmente está regulada por las leyes y reglamentos mercantiles en vigor aplicables a la solución de controversias y los contratos electrónicos, así como por medidas regulatorias específicas (en particular, las relativas a las plataformas de préstamos entre pares). El crecimiento de las plataformas de financiación colectiva basada en préstamos en los últimos años¹⁸⁵ ha acentuado la necesidad de proteger a los usuarios de las plataformas, tanto a los financiadores como a las MIPYME prestatarias, ya que en varios países se han producido fallos en las plataformas que han ocasionado importantes pérdidas económicas a los usuarios. Muchos de los riesgos relacionados con las plataformas de financiación colectiva basada en préstamos no son de naturaleza diferente a los de los préstamos tradicionales, pero se ven amplificadas por el medio y la modalidad a través de los cuales se proporciona el crédito. Muchos de esos riesgos son también similares a los de la financiación colectiva basada en inversiones. Pueden ir desde los riesgos relacionados con la tecnología (por ejemplo, incapacidad de la plataforma) hasta los riesgos relacionados

¹⁸² Véase Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/1129 y la Directiva (UE) 2019/1937 (Texto pertinente a efectos del EEE), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32020R1503>.

¹⁸³ Véase Banco Mundial, Policy Research Paper on “Consumer Risks in FinTech - New Manifestations of Consumer Risks and Emerging Regulatory Approaches”, 2021, pág. 74.

¹⁸⁴ *Ibid.*, tecnofinanzas.

¹⁸⁵ *Ibid.* Según el Banco Mundial, en 2018 los préstamos entre pares representaron el mayor modelo de financiación alternativa en línea por segmentación del mercado, y facilitaron el 64 % del volumen mundial total del sector de la financiación alternativa.

con la gestión (por ejemplo, conducta indebida, negligencia y, en determinados casos, incluso fraude por parte de los operadores de la plataforma, o insolvencia del operador de la plataforma), pasando por las deficiencias del modelo de negocio (por ejemplo, falta de información adecuada sobre las condiciones de acceso a la plataforma, evaluación inadecuada de los créditos y conflicto de intereses entre los operadores de la plataforma y los prestamistas o los prestatarios).

ii) *Financiación colectiva basada en inversiones*

89. La financiación colectiva (en inglés, *crowdfunding*) es una técnica que tiene por objeto obtener financiación exterior de un gran número de personas (a menudo denominadas *the crowd* en inglés), en lugar de un pequeño grupo de inversionistas especializados, mediante la cual cada persona aporta una pequeña parte de la financiación solicitada. La financiación colectiva se suele ofrecer a través de un modelo de plataforma de tecnofinanzas que pone en contacto a los inversionistas con las MIPYME que desean tomar dinero prestado mediante la emisión de deuda o capital. La plataforma normalmente permite concluir los procesos de solicitudes en pocas horas¹⁸⁶, lo cual constituye una de las razones por las que la financiación colectiva ha ganado popularidad entre las MIPYME en muchos países¹⁸⁷. La financiación colectiva comprende distintos tipos de actividades que, en términos generales, pueden dividirse en tres categorías (actividades basadas en deuda, actividades basadas en capital y actividades sin inversión). El término “financiación colectiva basada en inversiones” se refiere a la financiación colectiva basada en deuda y en capital^{188, 189}.

90. Por su concepción misma y debido a restricciones de regulación, la financiación colectiva es adecuada para las MIPYME (en particular, para las MYPE) en fase inicial que requieren un volumen de financiación relativamente pequeño. Puede ser menos adecuada para las MIPYME basadas en innovaciones complejas en sectores de tecnología muy avanzada y de vanguardia, que requieren conocimientos específicos por parte de los inversionistas. Convencer a la gente a que participe en la financiación colectiva puede tener un costo muy alto, especialmente si se utilizan medios de comunicación y divulgación de vanguardia, con presentaciones relámpago de los proyectos y recurriendo a los medios sociales¹⁹⁰. Es poco probable que los inversionistas institucionales utilicen plataformas en línea y tal vez sigan prefiriendo las reuniones presenciales para llevar a cabo el amplio intercambio de información que necesitan para disipar dudas a la hora de conceder grandes préstamos¹⁹¹.

91. Por lo general, a las actividades de financiación colectiva se aplican las leyes y reglamentos en vigor que regulan la solución de controversias y los contratos

¹⁸⁶ Foro Económico Mundial (nota 85 *supra*), pág. 13.

¹⁸⁷ Según las estadísticas del ITC, la financiación colectiva ha crecido rápidamente (de 1.000 millones de dólares en 2011 a 34.000 millones de dólares en 2015), sobre todo en Asia y África. Si bien se ha estimado que para 2025 el mercado de financiación colectiva en los países de ingreso bajo ascenderá en total a 96.000 millones de dólares anuales, las actividades de financiación colectiva en línea basadas en deuda siguen estando muy concentradas en un pequeño grupo de países. Existen mercados de financiación colectiva relativamente grandes en los Estados Unidos (20,5 %) y el Reino Unido (7,5 %). Cabe destacar en particular que la proporción correspondiente a Europa continental en los volúmenes mundiales se mantuvo en niveles relativamente modestos, siendo Francia el mercado más activo (con una proporción de 0,6 % del volumen mundial), seguida de Italia (0,6 %) y los Países Bajos (0,5 %). América Latina representó una pequeña parte de los volúmenes mundiales de financiación alternativa en línea: Perú (0,4 %) y Chile (0,2 %). OCDE, *Financing SMEs and Entrepreneurs 2020* (nota 14 *supra*), pág. 47.

¹⁸⁸ En 2018, las actividades basadas en deuda representaron una parte muy importante (96,4 %) de los volúmenes de financiación colectiva en línea a nivel mundial. Véase OCDE, *Financing SMEs and Entrepreneurs 2020* (nota 14 *supra*), pág. 45.

¹⁸⁹ La secretaría ha modificado este párrafo (párr. 138 del documento [A/CN.9/WG.I/WP.126](#)) para darle más claridad.

¹⁹⁰ Banco Mundial, *Crowdfunding in Emerging Markets: Lessons from East African Startups* (2015), pág. 3. Según el ITC, aproximadamente dos de cada tres campañas de financiación colectiva no lograron recaudar el volumen de inversión fijado como meta. Véase ITC, *SME Competitiveness Outlook 2019* (nota 19 *supra*), pág. 78. La secretaría ha trasladado esta referencia a las cifras del ITC a la presente nota a pie de página a fin de limitar las referencias a datos temporales en el texto principal.

¹⁹¹ ITC, *SME Competitiveness Outlook 2019* (nota 19 *supra*), pág. 78.

electrónicos. Como la financiación colectiva suele estar exenta de la aplicación de las normas de los mercados de capitales tradicionales (por ejemplo, la publicación de un prospecto, la obtención de las autorizaciones necesarias, el cumplimiento de los requisitos de presentación de informes y de gobernanza empresarial), en muchas jurisdicciones se introducen determinadas limitaciones y umbrales para regular las actividades de los emisores, los operadores de las plataformas y los inversionistas¹⁹². Con el fin de elaborar normas que propicien la financiación colectiva, en términos generales los organismos reguladores han introducido o están introduciendo una exención específica para la financiación colectiva en el marco regulatorio vigente de los mercados de capitales o una regulación independiente adaptada las particularidades de la financiación colectiva¹⁹³.

92. Los prestatarios y los inversionistas de las MIPYME se enfrentan a varios obstáculos para la financiación colectiva. En primer lugar, los inversionistas pueden no tener información suficiente o estar mal informados sobre el funcionamiento de las plataformas, o los perfiles de riesgo de los proyectos intermediados por dichas plataformas. En segundo lugar, las cuestiones relativas a la seguridad de los datos y el uso de la financiación colectiva para actividades ilícitas pueden plantear riesgos legales adicionales¹⁹⁴. En tercer lugar, la falta de un marco jurídico y regulador específico aplicable a la financiación colectiva en que se precisen la naturaleza jurídica de la financiación colectiva y el régimen jurídico aplicable por defecto no ayuda a crear un entorno comercial más propicio para la financiación colectiva¹⁹⁵. Para que las MIPYME puedan atraer fondos y facilitar la financiación colectiva es fundamental que se aprueben leyes que protejan a los inversionistas (por ejemplo, límites de inversión y períodos de reflexión durante los cuales los contribuyentes puedan revocar sus ofertas, requisitos en materia de revelación de información, diligencia debida, conflicto de intereses, seguros y presentación de informes aplicables a los operadores de plataformas, así como procedimientos de tramitación de reclamaciones)¹⁹⁶. Cabe destacar en particular que varios mercados internos¹⁹⁷ dejaron de operar o se contrajeron mucho debido a la preocupación por conductas dudosas o abiertamente fraudulentas y a la falta de garantías suficientes en relación con los requisitos de capital y de provisiones para pérdidas de los inversionistas¹⁹⁸. Merece la pena advertir que, si bien la falta de regulación de la financiación colectiva puede dejar desprotegidos a los inversionistas y las MIPYME prestatarias, la regulación excesiva podría dificultar la implementación de las plataformas de financiación colectiva.

93. El uso del sector tecnofinanciero islámico (incluida la financiación colectiva) ha ido ganando popularidad en varias jurisdicciones¹⁹⁹. Como ya se ha analizado (véase el párr. 24), los productos financieros islámicos del mercado pueden dividirse en dos grandes categorías: productos financieros basados en bienes y productos financieros basados en capital (por ejemplo, *Murabaha*, *Musharaka* y *Musharaka Decreciente*). Un ejemplo de financiación colectiva islámica basada en deuda es una plataforma que

¹⁹² Banco Mundial, Policy Research Paper on “Consumer Risks in FinTech” (nota 183 *supra*), pág. 107.

¹⁹³ Por ejemplo, Australia, el Brasil, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, México, Nigeria y la Unión Europea. *Ibid.*, pág. 107.

¹⁹⁴ Informe de la Comisión Europea “Inception impact assessment: Legislative proposal for an EU framework on crowd and peer to peer finance” (octubre de 2017), pág. 2.

¹⁹⁵ Programa de Información para el Desarrollo y Banco Mundial, Crowdfunding’s Potential for the Developing World (2013); publicado en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/17626?locale-attribute=es>.

¹⁹⁶ Como ejemplos de legislación relativa a las plataformas de inversión y su uso, véanse Federación de Rusia – Ley Federal núm. 259-FZ, de 2 de agosto de 2019; Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/1129 y la Directiva (UE) 2019/1937.

¹⁹⁷ Por ejemplo, China y la República de Corea.

¹⁹⁸ En China, a partir de noviembre de 2020 dejaron de funcionar todas las plataformas de préstamos entre pares. En la República de Corea, que es otro mercado relativamente desarrollado, la cantidad de plataformas también tuvo una caída pronunciada del 77 % en 2018. Véase OCDE, Financing SMEs and Entrepreneurs 2020 (nota 14 *supra*), págs. 46 y 47.

¹⁹⁹ Indonesia, los Estados Unidos, los Emiratos Árabes Unidos, el Reino Unido y Malasia. Véase BIRF, “Leveraging Islamic FinTech to Improve Financial Inclusion” (2020), pág. 27.

financia la compra de sistemas de energía solar de uso doméstico: el modelo *Murabaha*, en virtud del cual el financiador compra los bienes que necesita el cliente y luego se los vende a un coste que incluye un margen de ganancias declarado que el cliente deberá pagar, normalmente a plazos²⁰⁰. Ese es también el modelo que ofrece la mayoría de las plataformas de financiación colectiva que existen en el mercado²⁰¹. La financiación basada en capital (como los modelos *Musharaka* y *Musharaka Decreciente*) también puede verse facilitada por plataformas de financiación colectiva islámica. Además, los modelos sin inversión son muy adecuados para la financiación colectiva islámica, ya que no se cobran tasas de interés.

b) Crédito móvil digital

94. Desde principios de la década de 2010, el dinero móvil se ha convertido en un medio fundamental para obtener servicios financieros, especialmente en países de ingreso bajo, a cuyas poblaciones suele resultarles más fácil el acceso a teléfonos móviles que a Internet. El uso de teléfonos móviles se ha extendido con mucha rapidez pasando de servicios básicos como el envío de remesas familiares a operaciones más avanzadas como los depósitos, seguros o créditos. La idea del crédito móvil también ha evolucionado y ya no es solo un servicio disponible en dispositivos móviles básicos que permite a los usuarios obtener un préstamo no garantizado y reembolsarlo en determinado plazo usando dinero móvil²⁰², sino que ahora también abarca aplicaciones móviles que dan acceso al crédito digital²⁰³. El crédito digital, al que también se puede acceder con la conexión a Internet, puede concederse de diversas maneras, que por lo general se agrupan en dos modelos principales, a saber: i) el operador de redes móviles asociado a una entidad financiera autorizada (por ejemplo, un banco)²⁰⁴; o ii) el operador de redes móviles como vía de concesión del crédito. En el primero, los operadores de redes móviles tienen mayores responsabilidades en lo que respecta, por ejemplo, a la protección de datos y el cumplimiento de los requisitos de regulación, mientras que en el segundo, su responsabilidad se limita fundamentalmente a la red de distribución²⁰⁵.

95. El crédito digital se ha descrito como “instantáneo, automatizado y a distancia”²⁰⁶ en alusión a la forma en que se proporciona. Esos tres rasgos lo diferencian del préstamo convencional y lo hacen muy conveniente para las pequeñas empresas. Los préstamos son pequeños, a corto plazo y de fácil acceso: la decisión sobre la concesión del préstamo puede ser rápida y no demorar más de 24 horas. Uno de los motivos que hacen tan rápido el plazo de respuesta es el hecho de que en lo fundamental el proceso de adopción de decisiones es automatizado y está definido por algoritmos de árboles de decisión computadorizados que también aprovechan datos financieros no alternativos (véanse los párrs. 220 a 222), como los relativos a los registros de telefonía móvil, la edad del solicitante, los medios sociales y los pagos de facturas de servicios públicos. El uso de datos no alternativos facilita el acceso al crédito a las pequeñas empresas que solicitan préstamos por primera vez, a menudo MYPE, y que carecen de historial crediticio. Por lo general, para poder obtener un préstamo las MYPE no necesitan primero ser titulares de una cuenta financiera; sin embargo, sí necesitan estar suscritas a los servicios de telecomunicaciones de un operador de redes móviles y utilizarlos activamente (casi siempre por determinado período mínimo)²⁰⁷.

²⁰⁰ Banco Islámico de Desarrollo, *The Road to the SDCs – The President’s Five-Year Programme: Progress and Achievements*, págs. 50 y 51.

²⁰¹ Por ejemplo, Ethis Group (Malasia), Kapital Boost (Singapur) y Beehive (Emiratos Árabes Unidos).

²⁰² GSMA, *Mobile Insurance, Savings & Credit Report*, 2015, pág. 24.

²⁰³ GSMA, *Digital credit for mobile money providers*, 2019, pág. 4.

²⁰⁴ *Ibid.*, pág. 5.

²⁰⁵ *Ibid.*, pág. 6.

²⁰⁶ Véase *Four Common Features of Emerging Digital Credit Offerings*, 2016, del Grupo Consultivo de Ayuda a la Población Pobre (CGAP), disponible en <https://www.cgap.org/blog/four-common-features-emerging-digital-credit-offerings>.

²⁰⁷ Por ejemplo, el proveedor de telecomunicaciones Safaricom, con sede en Kenya, exige que los posibles prestatarios interesados en obtener préstamos en el marco de su programa M-Shwari (es decir, una cuenta bancaria ofrecida en alianza con el Banco Comercial de África) estén inscritos como usuarios de su servicio de banca móvil Safaricom M-Pesa con una antigüedad de al menos seis meses. En Tanzania, el producto de crédito digital Timiza, ofrecido por Airtel y JUMO (una

96. La facilidad de acceso al crédito digital es posible también gracias a las limitadas interacciones presenciales entre el operador de redes móviles y la MYPE, ya que la mayoría de las operaciones, por ejemplo, la solicitud del préstamo, el desembolso y el pago, se realizan a distancia, principalmente mediante teléfonos móviles. Los centros de llamadas de los operadores de redes móviles alientan a los prestatarios a reembolsar sus préstamos por SMS y llamadas telefónicas, y se ponen en contacto con los prestatarios que incumplen sus obligaciones de pago. Gracias a esto, las MYPE de zonas apartadas se ahorran las dificultades y los grandes gastos que supondría tener que viajar a las zonas municipales para acudir a las oficinas de las instituciones financieras²⁰⁸.

97. Aunque el crédito digital puede beneficiar a las MYPE de varias maneras, también puede exponerlas a riesgos para los cuales no están preparadas. Por ejemplo, con frecuencia el crédito digital tiene tasas de interés más altas que los préstamos convencionales; sus condiciones pueden no ser suficientemente transparentes en cuanto a aspectos esenciales como las tasas de interés anuales, los gastos y comisiones incidentales o los planes de pago; y el uso inadecuado de datos alternativos puede infringir las normas relativas a la protección y privacidad de los datos. Además, la facilidad de acceso al crédito puede dar lugar al sobreendeudamiento de las MYPE, ya que pueden obtener múltiples préstamos de distintos proveedores al mismo tiempo. Es posible que las MYPE de poca experiencia no sean capaces de soportar ese nivel de endeudamiento y, por consiguiente, se vean expuestas a prácticas agresivas de cobro de deudas o caigan en un círculo vicioso de deudas del que no puedan escapar y en el que se utiliza un préstamo para pagar otro. Para hacer frente a estos y otros riesgos (como el fraude o el robo de identidad por parte de proveedores que operan desde otra jurisdicción), los países han comenzado a adaptar sus leyes y reglamentos vigentes al medio digital con el propósito de promover el crédito digital y al mismo tiempo proteger más a los usuarios.

IV. Medidas para facilitar el acceso de las MIPYME al crédito²⁰⁹

98. En los capítulos II y III se analizan distintos obstáculos con que tropiezan las MIPYME para acceder al crédito. Si bien en términos generales algunos de ellos no afectan exclusivamente a las MIPYME, esas empresas son más vulnerables desde el punto de vista económico, dependen más de ciertos tipos de financiación (por ejemplo, el apoyo de familiares y amigos) y pueden ser menos conscientes de sus derechos y obligaciones que las empresas más grandes. Además, el poco acceso a determinados productos financieros en algunas jurisdicciones (por ejemplo, créditos comerciales) también repercute negativamente en la posibilidad de algunas MIPYME de acceder a créditos asequibles. Como ya se ha señalado, hay asimismo varios obstáculos que son específicos de las MIPYME, como el hecho de no tener un historial crediticio, la carencia de las aptitudes y los conocimientos especializados necesarios para preparar estados financieros adecuados, la falta de bienes que puedan dar en garantía y un nivel limitado de educación financiera o formal. No basta con adoptar medidas jurídicas para eliminar muchos de esos obstáculos; por consiguiente, es preciso que los Estados tomen en consideración la adopción de las medidas de regulación y de política que puedan resultar necesarias (véanse los párrs. 11 y 12). En el presente capítulo se examinan algunas de las medidas jurídicas, de regulación y de política que crean la infraestructura que permite a las MIPYME acceder al crédito.

institución financiera no bancaria), está solo al alcance de los clientes de Airtel que tengan activada una cuenta Airtel Money. Véase CGAP, Brief, The Proliferation of Digital Credit Deployments, 2016, pág. 1, disponible en <https://www.cgap.org/research/publication/proliferation-digital-credit-deployments>.

²⁰⁸ *Ibid.*, pág. 3.

²⁰⁹ La secretaría ha ajustado el título de este capítulo conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 29).

A. Un marco legislativo que favorezca los mecanismos de endeudamiento para aumentar el acceso de las MIPYME al crédito²¹⁰

99. Como ya se ha indicado, los financiadores suelen exigir garantías reales o personales a las MIPYME que solicitan créditos (por ejemplo, créditos comerciales, o para financiar el comercio, o microcréditos), lo que da a los financiadores cierta tranquilidad si se tiene en cuenta la escasa solvencia de algunas MIPYME. Las garantías reales o personales son mecanismos que facilitan la concesión de crédito y que pueden utilizarse para garantizar el cumplimiento de cualquier tipo de deuda. Por lo general, la existencia de un marco jurídico mejorado, que facilite la constitución de garantías reales (que graven tanto bienes muebles como inmuebles) y el otorgamiento de garantías personales podría ofrecer mayor certeza y ayudar a más MIPYME a cumplir esos requisitos de prestación de garantías reales o personales. En la presente sección se analizan una serie de mejoras que se sugiere introducir en los marcos jurídicos en vigor en relación con la constitución de garantías reales y el otorgamiento de garantías personales, se ponen de relieve las normas internacionales en vigor en esa materia (de haberlas) y se precisan las esferas en que quizás podrían introducirse mejoras.

1. Normas internacionales en vigor

a) Utilización de bienes muebles como garantía

100. Toda operación de crédito se considera “garantizada” cuando el prestatario ofrece al prestamista bienes como garantía del pago de la suma que ha tomado prestada. Los bienes que garantizan la obligación del deudor pueden ser muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y se conocen como “bienes dados en garantía”. A lo largo de los años, la CNUDMI ha elaborado una serie de textos legislativos que tratan de la utilización de bienes muebles como garantía²¹¹. Como se señala en la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas*, el crédito garantizado permite a las empresas utilizar el valor de sus bienes muebles para reducir el riesgo del acreedor, ya que todo crédito garantizado con bienes da a los acreedores la posibilidad de recurrir a esos bienes como medio de cobrar su crédito en caso de incumplimiento en el pago de la obligación garantizada²¹². En vista de que el riesgo es menor, es probable que los acreedores estén más dispuestos a conceder crédito a un costo asequible.

101. En los párrafos siguientes se examinan: i) los criterios que deberían aplicarse en un régimen de operaciones garantizadas a fin de facilitar la concesión de créditos a las MIPYME y ii) las características esenciales de un sistema registral eficiente, extraídas de las recomendaciones y orientaciones proporcionadas en los textos legislativos de la CNUDMI relativos a las operaciones garantizadas.

i) Criterios que deberían aplicarse en un régimen de operaciones garantizadas a fin de facilitar la concesión de créditos a las MIPYME

102. Los bienes muebles pueden ser el único tipo de bienes que algunas MIPYME pueden ofrecer como garantía. Algunos ordenamientos jurídicos permiten a las empresas constituir garantías reales sobre bienes muebles únicamente con un alcance limitado. Incluso en los ordenamientos jurídicos que permiten utilizar bienes muebles como

²¹⁰ La secretaría ha trasladado la sección relativa a un marco legislativo que favorezca los mecanismos de endeudamiento para aumentar el acceso de las MIPYME al crédito (sección H del capítulo III en el documento [A/CN.9/WG.I/WP.126](#)) a esta versión revisada del capítulo IV, como pidió el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones ([A/CN.9/1090](#), párr. 33).

²¹¹ De acuerdo con la información recibida de la secretaría, durante los pocos años transcurridos desde la aprobación de la Ley Modelo, ya se han promulgado leyes basadas en ella, o que adoptan su mismo enfoque, en nueve Estados (Australia, Colombia, Fiji, Filipinas, Kenya, Nigeria, Nueva Zelanda, Papua Nueva Guinea y Zimbabwe). Véase [A/CN.9/1097](#) y https://uncitral.un.org/es/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions/status. Tal vez otros Estados que puedan haber promulgado leyes basadas en la Ley Modelo y que participan en las deliberaciones que celebra el Grupo de Trabajo I deseen considerar la posibilidad de proporcionar esa información a la secretaría. La secretaría ha agregado una referencia a la situación de la Ley Modelo, como sugirió el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones ([A/CN.9/1090](#), párr. 45).

²¹² *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* (nota 102 *supra*), pág. 2.

garantía, las normas pueden estar fragmentadas o ser obsoletas, complejas o poco claras para las personas que administran las MIPYME o que se encargan de su funcionamiento. Del mismo modo, los acreedores pueden dudar a la hora de conceder créditos garantizados a las MIPYME debido a esa falta de seguridad.

103. La disponibilidad de créditos a un costo razonable ayuda a las MIPYME a crecer y prosperar. Por lo tanto, un régimen de operaciones garantizadas que permita y facilite la utilización de bienes muebles como garantía, de manera que los prestamistas puedan determinar su grado de prelación respecto de dichos bienes al celebrar una operación y tengan la seguridad de que podrán ejecutar la garantía de manera sencilla y económica, sería de gran ayuda para las MIPYME. Las características clave de un régimen de operaciones garantizadas que facilite la concesión de créditos a las MIPYME son que permita fácilmente: a) constituir garantías reales, b) hacer valer esas garantías, y c) determinar el orden de prelación de los créditos.

104. En primer lugar, debería ser fácil constituir garantías sobre bienes muebles. Como se indica en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias (la “Ley Modelo”), lo único que tienen que hacer las partes es celebrar un acuerdo de garantía que reúna los requisitos sencillos exigidos por la Ley Modelo. La inscripción registral no debe ser un requisito para la constitución de una garantía mobiliaria. Una persona debe poder también constituir una garantía mobiliaria sobre un bien sin tener que entregar la posesión de este al acreedor garantizado²¹³. Toda garantía mobiliaria sobre un bien mueble que se constituya de ese modo debería ser oponible al otorgante y extenderse al producto identificable de dicho bien. Por ejemplo, si se vende un bien gravado, la garantía mobiliaria debería extenderse automáticamente a lo que se reciba como resultado de la venta, a menos que las partes hayan acordado otra cosa²¹⁴. En la *Guía de prácticas de la CNUDMI relativa a la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias* (la “Guía de prácticas”) se dan ejemplos de acuerdos de garantía.

105. En cuanto a los tipos de bienes muebles que pueden utilizarse como garantía, una MIPYME (en calidad de “otorgante”) debería poder constituir una garantía mobiliaria sobre casi cualquier tipo de bien mueble, como existencias, bienes de equipo, créditos por cobrar, cuentas bancarias, derechos de propiedad intelectual y bienes digitales. Permitir la constitución de una garantía mobiliaria sobre los créditos por cobrar puede ser especialmente beneficioso para las MIPYME con muy pocos bienes. Aunque en la mayoría de los casos, la MIPYME otorgante será la propietaria del bien, una persona que tenga un derecho limitado sobre un bien también debería poder constituir una garantía mobiliaria sobre ese derecho limitado, aunque no sea propietaria del bien; por ejemplo, se puede constituir una garantía mobiliaria sobre el derecho de utilizar un bien en virtud de un contrato de arrendamiento²¹⁵. Una MIPYME también puede constituir una garantía mobiliaria sobre un bien que quizás adquiriera en un momento posterior, así como sobre todos sus bienes muebles. A fin de simplificar la constitución de una garantía mobiliaria sobre todos los bienes muebles de una MIPYME cuando el financiador esté financiando la actividad en curso de la empresa, es suficiente con celebrar un acuerdo de garantía sobre todos los bienes muebles de la empresa en un solo documento²¹⁶.

106. En segundo lugar, debería ser fácil ejecutar las garantías mobiliarias sobre bienes muebles. Por lo general, un acreedor garantizado debería tener a su alcance distintas opciones para ejecutar su garantía mobiliaria, como vender el bien gravado y utilizar el producto de la venta para cobrar lo que se le adeuda, arrendar el bien gravado o conceder una licencia respecto de él y utilizar el alquiler o las regalías para cobrar lo que se le adeuda o adquirir el bien gravado a modo de pago total o parcial de la suma adeudada²¹⁷. El acreedor garantizado no está obligado a utilizar la vía judicial, sino que puede

²¹³ *Guía de prácticas de la CNUDMI relativa a la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias*, párr. 11.

²¹⁴ *Ibid.*, párr. 12.

²¹⁵ *Ibid.*, párrs. 35 y 36. Con respecto a un arrendamiento que no funcione como garantía mobiliaria, consúltese la Ley Modelo del UNIDROIT sobre el arrendamiento financiero, 2008.

²¹⁶ *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* (nota 102 *supra*), pág. 81.

²¹⁷ *Guía de prácticas de la CNUDMI* (nota 213 *supra*), párr. 305.

ejecutar la garantía mobiliaria por sí mismo. La ejecución extrajudicial puede permitir al acreedor garantizado cobrar de manera más rápida y eficiente lo que se le debe²¹⁸.

107. En tercer lugar, también debería ser fácil determinar el orden de prelación de los créditos. La cuestión más determinante para un acreedor que esté considerando la posibilidad de otorgar un crédito respaldado por determinados bienes es el grado de prelación que tendrá su garantía real en caso de que pretenda ejecutarla en el marco del procedimiento de insolvencia del otorgante o al margen de dicho procedimiento²¹⁹. Todo régimen de operaciones garantizadas que facilite la concesión de créditos a las MIPYME debería contemplar normas claras de prelación que permitan llegar a resultados previsibles en caso de concurrencia entre acreedores sobre los bienes gravados²²⁰. Por ejemplo, como regla general, entre garantías reales oponibles a terceros por inscripción de un aviso, la prelación debería estar determinada por el orden temporal de su inscripción, cualquiera que sea la fecha de constitución de la garantía real²²¹.

Recomendación 1²²²

La ley debería:

- a) aumentar la disponibilidad de créditos autorizando la constitución de garantías sobre todo tipo de bienes muebles; y
- b) basarse en las normas internacionales vigentes que proporcionen un régimen de garantías mobiliarias moderno y amplio.

ii) *Características esenciales de un sistema registral eficiente*²²³

108. Una garantía mobiliaria que sea eficaz únicamente frente al otorgante tendrá poca utilidad práctica. Todo acreedor garantizado querría asegurarse de que su garantía mobiliaria también surtirá efectos frente a terceros, una vez hecha pública su existencia. El sistema registral desempeña una función decisiva a la hora de dar a conocer la existencia de las garantías mobiliarias, en particular las no posesorias o sin desplazamiento, que no exigen que el acreedor garantizado tome posesión de los bienes y permiten al otorgante seguir haciendo uso del bien gravado incluso después de haber constituido la garantía sobre él. La existencia de un sistema registral integral y centralizado facilita la celebración de operaciones respaldadas por garantías mobiliarias no posesorias. En muchas jurisdicciones, esto se logra creando un registro general de garantías mobiliarias. Es importante que las no posesorias o sin desplazamiento estén debidamente inscritas en el registro. Por regla general, el momento de la inscripción es lo que permite determinar el orden de prelación entre una garantía mobiliaria y el

²¹⁸ *Ibid.*, párr. 304.

²¹⁹ *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* (nota 102 *supra*), pág. 189.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ *Ibid.*, recomendación 76 a).

²²² La secretaría ha agregado esta recomendación según lo acordado por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 45).

²²³ En 2013 la CNUDMI aprobó la *Guía de la CNUDMI sobre la creación de un registro de garantías reales* (la *Guía* sobre un registro), que se basa en la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y su suplemento sobre propiedad intelectual*. En la *Guía* sobre un registro se tratan las cuestiones jurídicas, tecnológicas, administrativas y de orden práctico relacionadas con la creación y el funcionamiento de un registro de garantías reales sobre bienes muebles. A la secretaría le resulta difícil calcular cuántos Estados han aplicado las recomendaciones que figuran en la *Guía* en cuanto a la creación o el mejoramiento de registros de garantías reales. En el capítulo IV de la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias figuran Disposiciones Modelo sobre el Registro, alineadas con la *Guía* sobre un registro, que están concebidas para entrar en vigor simultáneamente con la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno. Cabe suponer que los nueve Estados que han promulgado leyes que se basan en la Ley Modelo, o que adoptan su mismo enfoque, hayan puesto en vigor también las Disposiciones Modelo sobre el Registro, véase la nota 8 de la Ley Modelo. La secretaría ha agregado la presente información sobre la situación de las jurisdicciones que han adoptado normas internacionales sobre los registros de garantías mobiliarias, en consonancia con lo sugerido por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 45).

derecho de un reclamante concurrente²²⁴. Esta norma de prelación infunde seguridad a los financiadores, lo que puede alentarlos a conceder créditos a las MIPYME.

109. Un sistema registral eficiente debería tener una serie de rasgos fundamentales que faciliten la celebración de operaciones respaldadas por garantías mobiliarias y el acceso de las MIPYME al crédito²²⁵. En primer lugar, las directrices jurídicas y de funcionamiento aplicables a los servicios registrales, incluidos los de inscripción y consulta, deberían ser sencillas, claras y precisas para todos los posibles usuarios²²⁶. En segundo lugar, los servicios registrales, incluidos los de inscripción y consulta, deberían concebirse de modo tal que sean lo más rápidos y económicos posible, velando al mismo tiempo por la seguridad y accesibilidad de la información incorporada al fichero registral²²⁷. En tercer lugar, convendría adoptar un sistema de inscripción de notificaciones (en lugar de un sistema de “inscripción de documentos”), en el que no sea necesario inscribir ni presentar la documentación de base para que el personal del registro la examine²²⁸. Ese sistema de “inscripción de notificaciones” reduce los gastos de tramitación para quienes solicitan las inscripciones²²⁹.

110. El registro de garantías mobiliarias debería ser también totalmente electrónico y permitir almacenar en formato electrónico, en una sola base de datos, la información contenida en las notificaciones inscritas, a fin de asegurar que el fichero registral esté centralizado y unificado²³⁰. Además, el acceso a los servicios registrales también debería ser electrónico, para que los usuarios puedan enviar notificaciones y realizar consultas directamente por Internet o a través de sistemas de conexión a una red²³¹. El acceso electrónico a los servicios registrales contribuye a eliminar el riesgo de que el personal del registro cometa errores al incorporar la información al fichero registral. También facilita un acceso más rápido y eficiente de los usuarios a los servicios registrales y reduce en gran medida los gastos de funcionamiento del registro, lo que a su vez permite rebajar el importe de las comisiones que se cobran a los usuarios del registro²³².

Recomendación 2²³³

La ley debería establecer un registro eficiente para la inscripción de notificaciones relativas a garantías mobiliarias para aumentar la certeza y la transparencia de conformidad con las normas internacionales vigentes.

b) Utilización de bienes muebles como garantía

111. Si bien no existen normas mundiales sobre la utilización de bienes inmuebles como garantía equivalentes a las elaboradas por la CNUDMI respecto de la utilización de bienes muebles como garantía, los Principios Básicos de una Ley Hipotecaria, una norma regional elaborada por el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), pueden ser una referencia útil respecto de²³⁴: i) el reconocimiento jurídico de

²²⁴ *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias*, párr. 143.

²²⁵ Cabe señalar que la *Guía del UNIDROIT sobre las mejores prácticas para los registros electrónicos de garantías* también ofrece orientaciones útiles para quienes se encargan del diseño y la gestión de registros electrónicos de garantías reales, como el establecimiento de una norma para la rendición de cuentas de los registradores. Véase UNIDROIT Guide on Best Practices for Electronic Collateral Registries, pág. 69.

²²⁶ *Guía de la CNUDMI sobre la creación de un registro de garantías reales*, párr. 10.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*, párr. 57.

²²⁹ *Ibid.*, párr. 59.

²³⁰ CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno* (nota 224 *supra*), párr. 145.

²³¹ *Ibid.*, párr. 146.

²³² *Ibid.* Véase también la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas* (2019) y la labor del UNIDROIT sobre las mejores prácticas en materia de diseño y funcionamiento de registros electrónicos.

²³³ La secretaría ha agregado esta recomendación según lo acordado por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 45).

²³⁴ La secretaría ha aclarado que no existen normas mundiales sobre bienes inmuebles y ha mantenido la referencia a la norma regional elaborada por el BERD, como lo solicitó el Grupo de Trabajo en

los derechos reales sobre bienes inmuebles, y ii) las características esenciales de un marco jurídico eficiente.

i) *Reconocimiento jurídico de los derechos reales sobre bienes inmuebles*

112. El crédito garantizado permite a las MIPYME utilizar el valor intrínseco de sus bienes para reducir el riesgo que corre el acreedor de que no se le pague, y esto contribuye a que los posibles acreedores estén más dispuestos a conceder créditos a las MIPYME. Sin embargo, para poder utilizar eficazmente los derechos sobre los bienes (incluidos los derechos consuetudinarios), en la mayoría de los países es necesario que esos derechos estén reconocidos oficialmente por un sistema de derechos reales. Una vez plenamente reconocidos, las MIPYME tienen la posibilidad de utilizar sus bienes como garantía para obtener créditos²³⁵. En el caso de las MIPYME que cuentan con muy pocos bienes muebles o ninguno, la posibilidad de utilizar bienes inmuebles como garantía es especialmente importante como medio de acceder a créditos asequibles.

113. Sin embargo, en varios países no se reconocen de manera oficial los derechos reales de las empresas (especialmente las MIPYME) sobre bienes inmuebles en las zonas urbanas ni las rurales. La falta de títulos de propiedad en debida forma o la ineficacia de los sistemas de inscripción registral pueden determinar que sea imposible o muy caro para las MIPYME constituir hipotecas. Esto también adquiere una especial relevancia en el caso de las microempresas del sector agrícola, que a menudo cultivan y utilizan tierras sobre las que no tienen un título de propiedad oficial. Debido a ello, con frecuencia no pueden dar esas tierras en garantía para obtener créditos. A veces ni siquiera pueden ofrecer como garantía los bienes muebles existentes en sus tierras (por ejemplo, cultivos y maquinaria) porque la ley considera que esos bienes forman parte del bien inmueble en que se encuentran. En algunos países, los financiadores pueden aceptar como garantía un simple certificado que acredite intereses y derechos consuetudinarios sobre la tierra (en lugar de un certificado de propiedad oficial). Por ejemplo, en algunas reformas agrarias recientes²³⁶ se contempla la creación de organismos especiales encargados de llevar un registro exacto y actualizado de las operaciones relativas a las tierras en régimen consuetudinario y elaborar una lista de intereses y derechos consuetudinarios sobre la tierra existentes. Además, en algunos países hay leyes discriminatorias (por ejemplo, en materia de derecho de sucesiones) que pueden estar sesgadas hacia los hombres, lo que restringe la capacidad de las mujeres de ser propietarias de bienes inmuebles que podrían utilizarse como garantía²³⁷.

114. Según el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), en todo el mundo existen diversos contextos relativos a la tenencia de la tierra que se definen en función de políticas y opciones jurídicas y de acuerdo con dinámicas culturales, históricas, religiosas y de género. En esos contextos, la seguridad de la tenencia puede ser de muchos tipos diversos (definidos en función del carácter consuetudinario de la tenencia y de las dificultades relacionadas con la solución de controversias y la posibilidad de hacer valer los derechos) y, según el tipo de seguridad, puede ser menos costoso y llevar menos tiempo hacer valer la tenencia, lo que puede ser incluso más eficaz que inscribir en un registro derechos oficiales sobre la tierra, como los sistemas *ad hoc* de

su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 49). A ese respecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee recordar las deliberaciones celebradas en su 37º período de sesiones en el sentido de que en el proyecto de guía no se incluyera ninguna recomendación legislativa sobre la utilización de bienes inmuebles como garantía (A/CN.9/1090, párr. 50).

²³⁵ Comisión para el Empoderamiento Jurídico de los Pobres. “Making the Law Work for Everyone”, volumen I del Informe de la Comisión para el Empoderamiento Jurídico de los Pobres (2008), págs. 6 y 7. La Comisión era un foro internacional independiente formado por funcionarios encargados de formular políticas y profesionales de alto nivel de países de distintas regiones del mundo y acogido por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Creada en 2005, dejó de existir en 2008 después de publicar su informe “Making the Law Work for Everyone”. El PNUD continúa trabajando en el empoderamiento jurídico de las personas desfavorecidas.

²³⁶ Por ejemplo, en Ghana.

²³⁷ IFC, Research and Literature Review (nota 78 *supra*), pág. 9.

certificación de la tierra, el reconocimiento de derechos forestales comunitarios y la ordenación comunitaria de las tierras²³⁸.

115. En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2018 (A/RES/73/165), se declara que “los Estados adoptarán medidas apropiadas para proceder al reconocimiento jurídico de los derechos de tenencia de la tierra, incluidos los derechos consuetudinarios de tenencia de la tierra que actualmente no estén amparados por la ley, reconociendo la existencia de modelos y sistemas diferentes”. En la Declaración también se destaca que las campesinas y otras mujeres de las zonas rurales desempeñan un papel importante en la supervivencia económica de su familia y mediante su contribución a la economía rural y nacional, pero que a menudo se les niega la tenencia y propiedad de la tierra y el acceso en condiciones de igualdad a la tierra. Al respecto, cabe señalar que la Comisión para el Empoderamiento Jurídico de los Pobres mencionó como una de las medidas de empoderamiento jurídico la promoción de un sistema inclusivo de derechos reales que reconozca automáticamente que los bienes inmuebles adquiridos por los hombres son bienes de propiedad en común con sus esposas o parejas²³⁹.

ii) *Características esenciales de un marco jurídico eficaz*

116. La facilitación del acceso al crédito podría considerarse el objetivo primordial de la modernización del marco jurídico de las operaciones garantizadas con bienes inmuebles. En tal sentido, los objetivos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias en cuanto a facilitar la utilización de bienes muebles como garantía podrían aplicarse igualmente a los bienes inmuebles²⁴⁰, aunque las normas que rigen los bienes inmuebles tienen sus particularidades²⁴¹. Mientras que en algunos países las normas que regulan la constitución, validez y ejecución de las garantías reales se aplican tanto a los bienes muebles como a los inmuebles, otros países han aprobado un sistema²⁴² en el que hay tipos particulares de garantías reales para bienes concretos. Podría decirse que el enfoque funcional adoptado en la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias podría adaptarse también al contexto de los bienes inmuebles. Según ese enfoque, un marco jurídico eficaz para las operaciones garantizadas con bienes inmuebles debería aplicarse a todas las operaciones en las que se constituya un derecho real por acuerdo de las partes y por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación, independientemente de la forma que revista la operación, de los términos que hayan utilizado las partes para detallarla, o de que el propietario del bien sea el otorgante o el acreedor garantizado.

117. Para que resulte eficaz, un régimen de operaciones garantizadas con bienes inmuebles debería incluir las tres características esenciales siguientes. En primer lugar, debería ser fácil constituir garantías reales sobre bienes inmuebles. Todo régimen eficiente de operaciones garantizadas debería establecer procedimientos racionalizados para la obtención de garantías reales sobre bienes inmuebles. Tal y como se recoge en los Principios Básicos de una Ley Hipotecaria del BERD, la legislación debe permitir que se constituya un derecho real de garantía de manera rápida, barata y sencilla sin privar a la persona que otorga la hipoteca del uso de su propiedad. La hipoteca debería constituirse: a) sobre todo tipo de bienes inmuebles, b) para garantizar todo tipo de

²³⁸ G. Barbanente, H. Liversage, J. Agwe y M. Hamp, informe del FIDA titulado “Tenure Security and Access to Inclusive Rural Financial Services for Smallholder Farmers: Challenges and Opportunities in Rural Development Projects” (de próxima publicación), págs 13, 14 y 18.

²³⁹ Comisión del PNUD para el Empoderamiento Jurídico de los Pobres. “Making the Law Work for Everyone” (nota 235 *supra*), pág. 7.

²⁴⁰ Los gravámenes sobre bienes inmuebles están, en principio, excluidos del ámbito de aplicación de los textos de la CNUDMI sobre garantías mobiliarias porque plantean cuestiones diferentes (p. ej., la cuestión de estar sujetos a inscripción en un sistema especial de registro de documentos en cuyo índice la clasificación se lleva a cabo por bienes, y no por otorgantes).

²⁴¹ La secretaría ha agregado esta oración de conformidad con las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 49).

²⁴² La secretaría ha eliminado la expresión “más anticuado” después de la palabra “sistema”, conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 49).

deudas y c) entre todo tipo de personas. Además, las partes deberían poder adaptar una hipoteca a las necesidades de su operación concreta en la medida de lo posible²⁴³. Como ya se ha señalado, las normas relativas a los bienes inmuebles tienen sus propias particularidades y en muchos países la constitución de una garantía real sobre un bien inmueble suele requerir diversas formalidades (como la ejecución de una escritura pública, la fe notarial de documentos de actos traslativos y la inscripción en el registro de la tierra) que no se exigen en la mayoría de las categorías de bienes muebles. La facilitación de la constitución de una garantía real sobre bienes inmuebles no significa necesariamente eliminar todas las formalidades en aras de una mayor seguridad jurídica ni aplicar a las garantías reales sobre bienes inmuebles las mismas normas que se aplican a las constituidas sobre bienes muebles²⁴⁴.

118. En segundo lugar, debería ser fácil ejecutar garantías reales sobre bienes inmuebles. La garantía real es de poca utilidad para el acreedor garantizado si este no puede ejecutarla de manera eficaz y eficiente. Un régimen eficaz de operaciones garantizadas debería incluir procedimientos en los que se definan con precisión los derechos y las obligaciones de los otorgantes y de los acreedores garantizados al ejecutarse la garantía. La ley debería prever una ejecución judicial rápida y con costos razonables, ya que los costos de ejecución reducirán el producto que se obtenga de la realización del bien. También podría considerarse la posibilidad de permitir a los acreedores garantizados hacer ejecutar sus garantías reales por la vía extrajudicial, con sujeción al control, la supervisión o el examen judicial u oficial de otra índole del proceso de ejecución, según proceda. En el caso de las hipotecas, en los Principios Básicos de una Ley Hipotecaria del BERD se dispone que los procedimientos de ejecución deberían permitir una ejecución rápida a precio de mercado del bien hipotecado. Los retrasos en la ejecución probablemente generarán incertidumbre y aumentarán los costos. Cuando el producto que se obtenga de la realización del bien exceda el monto necesario para satisfacer el crédito garantizado, ese excedente debería entregarse al deudor hipotecario²⁴⁵.

119. Por último, debería ser fácil determinar el orden de prelación de los créditos sobre los bienes inmuebles. Todo posible acreedor no solo debe poder conocer los derechos que el otorgante y terceros tengan sobre los bienes que vayan a gravarse, sino que además tiene que poder determinar con seguridad, en el momento de acordar la concesión de un crédito, el grado de prelación que tendrá su derecho sobre los bienes gravados frente al de los demás acreedores (incluido el representante de la insolvencia en un supuesto de insolvencia del otorgante). En los Principios Básicos de una Ley Hipotecaria del BERD se dispone que la legislación debería establecer normas que regulen los derechos concurrentes de los titulares de hipotecas y los de otras personas que invoquen derechos sobre el bien hipotecado²⁴⁶. La prelación debería determinarse de acuerdo con el orden de inscripción, y no del momento de constitución de la garantía real. En el caso de las hipotecas, en la mayoría de los países se inscriben en el mismo registro que el título de propiedad, de modo que cualquier persona que solicite información sobre el título puede ver las hipotecas inmediatamente²⁴⁷. En la mayoría de los sistemas tradicionales la inscripción registral tiene por objeto “autenticar” la hipoteca, lo que exige que el registrador realice su propia investigación o se base en la fe notarial de que la hipoteca se ha constituido válidamente, pero el proceso de inscripción registral podría ser más sencillo y rápido si la inscripción tuviera por objeto simplemente dar a conocer la hipoteca²⁴⁸.

²⁴³ Principios Básicos de una Ley Hipotecaria del BERD, Principios 2, 7 y 10.

²⁴⁴ La secretaría ha agregado este análisis sobre determinadas formalidades que deberían mantenerse al simplificar los regímenes relativos a los bienes inmuebles de conformidad con las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 49).

²⁴⁵ Principios Básicos de una Ley Hipotecaria del BERD, Principio 4.

²⁴⁶ *Ibid.*, Principio 9.

²⁴⁷ BERD, “Mortgages in transition economies – The legal framework for mortgages and mortgage securities”, pág. 21.

²⁴⁸ *Ibid.*, pág. 22.

2. Aspectos que cabría mejorar en el futuro

a) Utilización de bienes como garantía

*Obstáculos con que tropiezan las MYPE y los financiadores para utilizar bienes como garantía*²⁴⁹

120. Aunque la Ley Modelo ha sido concebida para aumentar el acceso al crédito y reducir el costo de este para todos los tipos de empresas, resulta especialmente útil para las pequeñas y medianas empresas. Sus normas también pueden favorecer la concesión de préstamos garantizados a las microempresas²⁵⁰. Pese a las ventajas evidentes de la existencia de un marco jurídico basado en la Ley Modelo, quizás esto no baste por sí solo para eliminar todos los obstáculos con que pueden tropezar las MIPYME, y en particular las microempresas y las pequeñas empresas, para acceder al crédito.

121. Uno de los principales motivos por los que las MIPYME tienen que esforzarse para obtener créditos es que los bancos y otras instituciones financieras suelen ser reacios a concederles créditos no garantizados, incluso a tasas de interés elevadas, porque la evaluación del historial crediticio pone de manifiesto un alto riesgo de incumplimiento de esas empresas. Los requisitos con respecto a los bienes dados en garantía son muy rigurosos en todo el mundo para los prestatarios (especialmente para las microempresas)²⁵¹ y muchas MYPE carecen de la cantidad o el tipo de bienes necesarios que puedan ofrecer como garantía. En ciertas jurisdicciones esto es especialmente problemático para las empresarias, dado que los activos o bienes suelen ser propiedad del cónyuge o estar inscritos a su nombre. Por ejemplo²⁵², las mujeres no tienen derecho a administrar los bienes conyugales, ni siquiera los bienes que ellas mismas han aportado al matrimonio ni los bienes adquiridos durante el matrimonio²⁵³, lo que constituye una importante limitación de su capacidad de ofrecer bienes en garantía para acceder al crédito.

122. Los enseres domésticos de propiedad de las MYPE no suelen ser aceptados como una garantía real eficaz dado que por lo general son de poco valor y se deprecian demasiado rápido, e incluso pueden quedar exentos de los procesos de ejecución judicial. A veces los microprestamistas aceptan joyas o incluso muebles del hogar y electrodomésticos como garantía²⁵⁴. Desde el punto de vista de los microprestamistas, esa clase de garantías reales sirve principalmente para demostrar el compromiso de la microempresa, más que como una fuente de pago secundaria²⁵⁵.

123. Para subsanar la carencia de las MYPE de bienes que pudieran dar en garantía, los países podrían adoptar distintas medidas en dependencia de sus necesidades en materia de políticas. En primer lugar, pueden ampliar el espectro de bienes que las MYPE podrían ofrecer en garantía, por ejemplo, permitiendo la utilización de todo tipo de bienes muebles, como se sugiere en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías

²⁴⁹ En consonancia con las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 57), la secretaría ha modificado el presente apartado de la manera siguiente: i) ha precisado cuáles son los principales problemas que surgen en la utilización de bienes como garantía y sus posibles soluciones (A/CN.9/1090, párr. 57); ii) ha matizado el análisis de la cuestión de las ganancias excesivas (A/CN.9/1090, párr. 55); iii) ha aclarado que la determinación de los bienes que no pueden ser objeto de ejecución es una decisión que atañe a cada Estado; y iv) ha agregado una referencia al proyecto del UNIDROIT sobre las mejores prácticas en materia de ejecución eficaz (A/CN.9/1090, párr. 56).

²⁵⁰ *Guía de prácticas de la CNUDMI* (nota 213 *supra*), párr. 26.

²⁵¹ En Asia y el Pacífico, los reglamentos financieros de muchos países exigen que el valor del bien gravado sea equivalente, como mínimo, al 125 % del valor del préstamo. Véase BAsD, “Thematic Evaluation: ADB Support for SMEs” (2017), pág. 3, nota 12. En otros países, esos requisitos son aún más estrictos y el valor que se exige puede llegar a ser hasta del 250 % del valor del préstamo. Véase FMI, *Financial Inclusion* (véase la nota 49), pág. 16. Según una encuesta del BAsD (2019), el principal obstáculo que tenían las pequeñas y medianas empresas para acceder a la financiación del comercio era la falta de bienes que pudieran dar en garantía. BAsD, *ADB Briefs* núm. 113 (nota 100 *supra*), pág. 5, figura 5.

²⁵² Banco Mundial, *Secured Transactions* (nota 60 *supra*), pág. 22.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ OIT, *Making Microfinance Work* (nota 66 *supra*), pág. 120.

²⁵⁵ *Ibid.*

Mobiliarias (la Ley Modelo) (véanse los artículos 1 y 8) y permitiendo también que esos bienes respalden todo tipo de obligaciones (véase el artículo 7 de la Ley Modelo). En segundo lugar, los países podrían revisar sus respectivos marcos reguladores prudenciales en cuanto a la imposición de requisitos de capital a las instituciones financieras reguladas. Normalmente se exige a las instituciones financieras que tengan una cantidad mínima de capital (“capital reglamentario”) en todo momento en función de los riesgos a que estén expuestas. En la práctica, lo que hace la institución financiera regulada en toda operación de financiación, como la concesión de un préstamo, es calcular un costo de capital que refleje el nivel de riesgo de esa operación (en particular, el riesgo de crédito)²⁵⁶. Los préstamos con un nivel de riesgo mayor tienen un costo de capital más elevado, lo que para el prestatario bien puede traducirse en requisitos más estrictos en cuanto a la garantía real que deberá constituir. Los préstamos a las MYPE en particular suelen caer dentro de ese grupo de operaciones de más riesgo. La relajación de tales requisitos podría propiciar que las instituciones financieras estén más dispuestas a conceder préstamos a ese sector de las MIPYME, y facilitar su acceso al crédito. Claro está, ello podría suponer una carga mayor para los financiadores, que estarían asumiendo todo tipo de riesgos en caso de impago del préstamo. Para mayor claridad, cabe destacar que la autorización de la constitución de garantías reales sobre todo tipo de bienes muebles y la relajación de los requisitos de capital no son medidas que se excluyen recíprocamente y podrían aplicarse al mismo tiempo.

124. Otra medida podría consistir en favorecer la utilización de otras fuentes de crédito, como los sistemas de garantías, los préstamos entre pares o el apoyo de familiares y amigos, así como de medios más avanzados para evaluar la solvencia de las MYPE. Los préstamos entre pares y el apoyo de familiares y amigos podrían resultar particularmente útiles para resolver los múltiples casos en que la MYPE no tiene ningún bien que ofrecer como garantía, circunstancia esta imposible de corregir con reformas legislativas o regulatorias.

125. Otro obstáculo con que a menudo tropiezan las MYPE para acceder a créditos garantizados es la dificultad que tienen los financiadores para determinar el valor de los bienes dados en garantía²⁵⁷, algo que sirve de base para hacer predicciones racionales sobre cuánto se podría obtener de los bienes dados en garantía en caso de incumplimiento. La evaluación del valor es un proceso bastante complejo a pesar de que existen ciertas normas²⁵⁸. Puede ser más complejo aun en el caso de los préstamos a las MYPE, ya que el valor de reposición de determinados bienes (desde el punto de vista de la MYPE) puede ser mucho más alto que el valor de mercado real. En otros casos, el valor de determinados bienes —como los bienes de equipo industrial y de fabricación y los productos agrícolas— puede verse afectado no solo por el estado de esos bienes, sino también por la situación y las tendencias del mercado²⁵⁹. Por ejemplo, un bien de equipo que se encuentre en buenas condiciones de funcionamiento puede tener poco valor de reventa si existe un modelo más eficiente o si las tendencias del mercado muestran preferencia por un diseño más reciente²⁶⁰. A veces, también puede ser particularmente difícil determinar el valor de un bien si se trata de un tipo de bien que no se comercializa de manera habitual en el mercado en cuestión²⁶¹. Además, la ausencia de métodos de valoración apropiados o el hecho de que los existentes pueden tener un costo demasiado alto en relación con el valor del bien pueden también afectar negativamente la capacidad del financiador para llevar a cabo una valoración en debida forma del bien ofrecido en garantía. Una opción podría ser que los Estados pusieran más

²⁵⁶ Véase *Guía de prácticas de la CNUDMI* (nota 213 *supra*), págs. 95 y 96.

²⁵⁷ En la práctica, hay muchas maneras de determinar el valor de los bienes que se van a dar en garantía y el método elegido suele variar según el tipo de bien de que se trate. Por ejemplo, si los bienes son créditos por cobrar, por lo general su valor se basará en el importe que el financiador esperaría obtener de los deudores de dichos créditos. Si se trata de existencias (p. ej., ropa), lo habitual es que el valor se calcule en función de los precios que se paguen por esas existencias en el mercado secundario correspondiente. Véase *Guía de prácticas de la CNUDMI* (nota 213 *supra*), párr. 121.

²⁵⁸ Véase <https://www.ivsc.org/standards/>.

²⁵⁹ Banco Mundial, *Secured Transactions* (nota 60 *supra*), pág. 104.

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ *Guía de prácticas de la CNUDMI* (nota 213 *supra*), párr. 123.

mecanismos de tasación independientes al alcance de los financiadores. Dotar a los financiadores de conocimientos especializados para realizar valoraciones fiables de los bienes que se van a gravar y permitir que los bienes gravados sean valorados por ellos (y no por tasadores independientes) parece ser un mecanismo más eficaz y menos costoso²⁶².

126. En ocasiones, los financiadores exigen a las MYPE garantías de un valor muy superior al monto del préstamo (lo que se denomina a menudo “valor excedentario de la garantía”)²⁶³ porque no están en condiciones de determinar el valor apropiado de la garantía o no se toman el trabajo de hacerlo. Aunque por lo general el financiador no puede reclamar una cuantía superior al monto del préstamo garantizado (más intereses y gastos), la práctica de establecer un valor excedentario de la garantía puede limitar las posibilidades de que las empresas utilicen el valor máximo de sus bienes para obtener un crédito garantizado de otro financiador utilizando el valor aun disponible, lo cual es posible conforme a la Ley Modelo. Por ejemplo, en la Ley Modelo se contempla una opción por la que el Estado exigiría que en el acuerdo de garantía se indique el importe máximo por el que podrá ejecutarse la garantía real (artículo 6 3 d)).

127. Como ha señalado el Banco Mundial, la existencia de mercados secundarios líquidos en los que puedan enajenarse los bienes dados en garantía por las MYPE permitiría a los financiadores evaluar su valor con más precisión a la hora de decidir cuánto crédito conceder²⁶⁴ y, por consiguiente, podría reducir el riesgo de valor excedentario de la garantía. Esto tendría una importancia decisiva para incentivar la concesión de préstamos garantizados a las MYPE, ya que es probable que los bienes ofrecidos en garantía por esas empresas sean tangibles, y no intangibles. Como ya se ha señalado, si no existen mercados secundarios, el sector privado en primer lugar, aunque también el Estado, pueden establecerlos de manera creativa, por ejemplo, mediante subastas en línea²⁶⁵. Asimismo, sería importante establecer algunas salvaguardias básicas, por ejemplo, el deber de actuar de buena fe, a fin de garantizar que esos mercados funcionen de conformidad con mecanismos de fijación de precios transparentes. Sin embargo, cabe destacar que, aun cuando existan mercados secundarios, es posible que el financiador no siempre logre obtener el valor de mercado actual, ya que el valor realizable puede verse afectado por el deterioro de las condiciones del mercado. Cuando es necesario enajenar los bienes con urgencia, a menudo los compradores esperan adquirirlos a un precio muy inferior²⁶⁶.

128. En la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* se destacan algunos enfoques adoptados por tribunales de diferentes jurisdicciones para remediar el problema del valor excedentario de la garantía, por ejemplo: i) declarar nula toda garantía mobiliaria que grave el valor de un bien en una proporción que exceda en demasía el valor de la obligación garantizada más intereses, gastos y daños y perjuicios; ii) facultar al otorgante para reclamar la liberación del valor gravado en exceso; y iii) a petición del otorgante, solicitar al acreedor garantizado que negocie de buena fe con el otorgante²⁶⁷. En la *Guía legislativa* se señala además que los Estados podrían tratar la cuestión de distintas maneras, incluso en otros ámbitos del derecho y, por tal motivo, no se recomienda que se faculte al poder judicial para declarar nula una garantía mobiliaria o reducir el alcance de una garantía mobiliaria mediante una declaración judicial de su valor excesivo²⁶⁸.

129. Por último, otro gran desafío para las MYPE a la hora de obtener créditos garantizados (aunque esto se aplica también a los no garantizados) es que resultan

²⁶² *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* (nota 102 *supra*), capítulo VIII, párr. 70.

²⁶³ En la práctica, el valor excedentario de la garantía puede ir acompañado de la solicitud de que se otorguen garantías personales (véase el capítulo IV, sección I b), sobre garantías personales para préstamos concedidos a MYPE).

²⁶⁴ Banco Mundial, *Secured Transactions* (nota 60 *supra*), pág. 40.

²⁶⁵ L. Gullifer, I. Tirado, “A global tug of war: a topography of micro-business financing, in law and contemporary problems”, en *Law and Contemporary Problems*, núm. 1, 2018, pág. 130.

²⁶⁶ *Guía de prácticas de la CNUDMI* (nota 213 *supra*), párr. 122.

²⁶⁷ *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* (nota 102 *supra*), pág. 82.

²⁶⁸ *Ibid.*, págs. 82 y 83.

insuficientes los mecanismos de ejecución disponibles en relación con las cuantías recuperables, lo que dificulta que el financiador cobre lo que se le adeuda utilizando el valor del bien gravado. La existencia de mecanismos jurídicos de ejecución eficaces y económicos favorece la concesión de créditos. Por el contrario, los procesos de ejecución engorrosos pueden desalentar a los financiadores a conceder préstamos a las MYPE. Por ejemplo, el financiador puede verse obligado a interponer una demanda judicial para que se reconozca su garantía mobiliaria y se proceda al embargo y venta del bien gravado conforme a normas estrictas y bajo la supervisión de un funcionario público²⁶⁹. Por otra parte, es probable que la existencia de mecanismos de ejecución eficaces y económicos, especialmente de ejecución extrajudicial, como se prevé en la Ley Modelo, aliente a los financiadores a conceder préstamos garantizados con bienes de las MYPE. Si bien la ejecución extrajudicial puede resultar más ventajosa para los financiadores, también puede plantear riesgos de uso indebido. A fin de reducir al mínimo tales riesgos, en la Ley Modelo se establecen algunas condiciones en cuanto a la forma en que los financiadores pueden llevar a cabo la ejecución extrajudicial (artículos 77 a 80 de la Ley Modelo)²⁷⁰.

130. Cabe señalar que otras leyes fuera de la legislación relativa a las garantías mobiliarias podrían repercutir en las opciones de ejecución al alcance del financiador. Por ejemplo, determinadas leyes pueden restringir la constitución de garantías mobiliarias sobre enseres domésticos o la posibilidad de embargar bienes personales, o pueden limitar el importe por el que puede ejecutarse una garantía mobiliaria sobre esos bienes. La decisión sobre qué bienes (por ejemplo, bienes personales esenciales, enseres domésticos) deberían quedar exentos de ejecución es una cuestión de política que atañe a cada Estado por separado. Sin embargo, los financiadores deberían ser conscientes de tales restricciones, ya que incidirían en su decisión de conceder préstamos.

131. Como ya se ha indicado, las insuficiencias de los mecanismos de ejecución disponibles afectan a los créditos financieros concedidos sin garantía y al cobro de otras obligaciones comerciales. En los últimos años, la importancia de contar con sólidos marcos jurídicos nacionales en lo que atañe al cobro de créditos comerciales por vía ejecutiva ha suscitado cada vez más interés en los planos internacional y regional. Se están llevando a cabo proyectos internacionales dirigidos a la redacción de orientaciones para los legisladores nacionales sobre cómo resolver las dificultades que plantea la ejecución^{271, 272}.

Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de formular una recomendación dirigida a tratar las cuestiones que dificultan que las microempresas utilicen bienes como garantía, conforme al análisis anterior.

²⁶⁹ *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* (nota 102 *supra*), pág. 295 (párr.1), edición en español.

²⁷⁰ Véase también *Guía de prácticas de la CNUDMI* (nota 213 *supra*), párr. 304.

²⁷¹ Desde 2020, el UNIDROIT está trabajando en el ámbito de las mejores prácticas para una ejecución efectiva, con el objetivo de preparar un instrumento internacional que ayude a los legisladores nacionales a resolver las cuestiones que plantea el cobro de deudas comerciales garantizadas y no garantizadas. Véase más información en <https://www.unidroit.org/productos/en curso/enforcement-best-practices/#1644493658763-89df3b2e-4a80>.

²⁷² Para mayor claridad del proyecto de guía, la secretaría ha eliminado el análisis sobre “Instrumentos internacionales que facilitan la utilización de determinados bienes muebles como garantía” (párrs. 85 a 89 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126), ya que se centraba en proyectos legislativos que no han concluido todavía. Con sujeción a las deliberaciones que celebrará durante su 39º período de sesiones (Viena, 19 a 23 de septiembre de 2022), el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si la secretaría debería sustituir ese análisis por otro sobre los textos vigentes en relación con determinados bienes muebles dados como garantía, en particular el Suplemento relativo a las garantías reales sobre propiedad intelectual de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* (2010).

b) Garantías personales para préstamos concedidos a las MYPE

132. Las garantías personales pueden facilitar el acceso de las MYPE al crédito, ya que reducen los riesgos de los financiadores asociados al préstamo, por lo que estos se sienten incentivados a conceder préstamos a las pequeñas empresas. Dentro del grupo de las MIPYME, las microempresas y las pequeñas empresas en particular pueden utilizar garantías personales para obtener créditos; por consiguiente, los párrafos siguientes se centrarán en ese sector de las MIPYME y en ellos se utilizará sistemáticamente la sigla MYPE²⁷³.

133. Las garantías personales dan lugar a una obligación adicional que es contraída por un tercero (es decir, el garante) y que se distingue de la obligación principal contraída por la MYPE. El garante, que puede ser el propietario de la MYPE, pagará la obligación principal si la MYPE incurre en incumplimiento, y probablemente se subrogará en los derechos del financiador contra la MYPE, incluido el derecho a ejecutar el préstamo. Por lo general, las garantías personales no están respaldadas por garantías reales, lo que significa que no existe ningún bien concreto afectado al cumplimiento de la obligación principal, por lo que, si el garante no puede pagarla, los financiadores podrán embargarle cualquiera de sus bienes personales. Es posible que los financiadores pidan que las garantías personales otorgadas por el garante sean respaldadas con bienes concretos de este, de modo que, en caso de incumplimiento, puedan embargar esos bienes²⁷⁴.

134. Si bien la exigencia de garantías personales puede ser más común cuando no se dispone de bienes gravables que reúnan los requisitos exigidos por los financiadores en función de la evaluación que estos hacen de los riesgos, de manera que las garantías personales compensen esa insuficiencia de bienes gravables, es posible que los financiadores exijan garantías personales incluso cuando la garantía ofrecida es proporcional al riesgo que asumen, con objeto de reducirlo aún más. De hecho, los bienes personales del garante podrían ser de un valor igual o superior al de los bienes de la MYPE, en particular si se trata de una empresa emergente²⁷⁵. Además, las garantías personales proporcionadas por familiares (a menudo, el cónyuge) o amigos del propietario de la empresa puede indicar a los financiadores el nivel de compromiso del propietario de saldar la deuda teniendo en cuenta los fuertes vínculos personales con el garante²⁷⁶.

135. En cuanto a las MYPE, tal vez las garantías personales sean la única manera que tengan estas de obtener créditos si no cuentan con suficientes bienes que ofrecer en garantía ni un sólido historial crediticio que demuestre su solvencia. Obtener una financiación que de otro modo estaría fuera del alcance de muchas de ellas puede ayudar a las MYPE a establecerse en el mercado y, a la larga, crecer. Con mucha frecuencia, la alternativa puede ser no obtener ningún crédito porque el riesgo de pérdida por incumplimiento sería demasiado grande como para que el financiador lo acepte. Incluso cuando se trata de MYPE bien establecidas y capaces de ofrecer bienes en garantía para

²⁷³ De acuerdo con las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones, la secretaría ha modificado la primera oración de este párrafo (párr. 90 del documento [A/CN.9/WG.I/WP.126](#)) de la manera siguiente: i) subrayar la importancia de las garantías personales para facilitar el acceso de las MYPE al crédito ([A/CN.9/1090](#), párr. 58); y ii) indicar si esta parte de la guía puede revestir menos importancia para las medianas empresas ([A/CN.9/1090](#), párrs. 18 y 19).

²⁷⁴ La secretaría ha modificado las últimas dos oraciones del párrafo (párr. 91 del documento [A/CN.9/WG.I/WP.126](#)) para aclarar la diferencia entre las garantías personales respaldadas por garantías reales y las que no tienen ese respaldo, de conformidad con las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones ([A/CN.9/1090](#), párr. 59).

²⁷⁵ En algunos países, el anticipo de efectivo para comerciantes es otra opción, además de las garantías personales y los bienes dados en garantía, en virtud de la cual el financiador proporciona una suma fija por adelantado a cambio de un porcentaje de las futuras operaciones con tarjetas de crédito y débito realizadas por la empresa. La aprobación se basa en el rendimiento corriente de la empresa. Véase www.smeloans.co.uk/blog/personal-guarantees-by-directors-the-ultimate-guide/.

²⁷⁶ La secretaría ha agregado un análisis sobre los beneficios de las garantías personales proporcionadas por los propietarios de las MYPE, sus familiares o amigos, como pidió el Grupo de Trabajo en 37º período de sesiones ([A/CN.9/1090](#), párr. 63).

respaldar préstamos, las garantías personales pueden reducir la necesidad de ofrecer bienes de la empresa en garantía y mejorar considerablemente las condiciones del préstamo, por ejemplo, un tipo de interés más bajo, un préstamo de mayor cuantía o un plazo de pago más largo. Esto puede contribuir a la competitividad de la MYPE en el mercado y aumentarla. Además, en países con regímenes débiles de operaciones respaldadas por garantías mobiliarias, las garantías personales constituyen una alternativa eficaz a la financiación garantizada con bienes. Además de servirles para respaldar una solicitud de préstamo, en determinados casos las MYPE pueden ofrecer garantías personales a otra MYPE para garantizar el pago de la deuda contraída con esa otra empresa por el suministro de bienes o servicios²⁷⁷.

136. La existencia de regímenes eficientes de garantías personales no debería servir para compensar la carencia de medios apropiados de los financiadores a los fines de un buen análisis de riesgo del crédito y sí para siempre tratar de lograr un equilibrio entre los derechos de los financiadores de recuperar sus créditos y la debida protección de los garantes. En particular, es importante que existan normas dirigidas a proteger a garantes vulnerables, como familiares o amigos del empresario que pueden ofrecer una garantía personal usando su buen juicio o en determinado estado emocional (véanse los párrs. 155 a 158), sin tener conciencia plena de sus repercusiones o de la situación financiera de la MYPE²⁷⁸.

i) *Garantías personales dependientes e independientes*

137. En muchas tradiciones jurídicas, las garantías personales se agrupan en dos categorías generales según el vínculo que exista entre la garantía y la relación contractual subyacente²⁷⁹. En la primera categoría (garantías personales independientes), que comprende las que son independientes de la relación contractual subyacente, el garante está obligado a cumplir tras recibir del acreedor una intimación de cumplimiento que se ajuste exactamente a las condiciones estipuladas en el contrato u otro acto jurídico por el que se haya constituido la garantía personal (las cartas de crédito contingente suelen considerarse un ejemplo de garantías personales independientes)²⁸⁰. Dado que la garantía es independiente de la obligación del deudor principal, el garante no puede oponerse a la intimación de cumplimiento alegando que la obligación del deudor no ha vencido todavía o que el deudor ya la ha cumplido. El garante personal puede invocar solamente sus propias excepciones contra el acreedor (por ejemplo, la excepción de compensación, cuando el garante personal tiene otro crédito contra el acreedor)²⁸¹.

138. Las garantías personales independientes se utilizan en general en las operaciones internacionales ya que, gracias a su independencia del contrato subyacente, son especialmente eficaces para crear la capacidad crediticia de la empresa frente a acreedores extranjeros. Debido al considerable nivel de riesgo que suponen para el garante, suelen proporcionarlas, con el cobro de una comisión, las instituciones financieras que cuentan con los recursos y los conocimientos especializados necesarios para gestionar los riesgos de las operaciones internacionales y con una posición de negociación más fuerte que un garante individual para negociar condiciones más favorables (por ejemplo, el derecho al reintegro de lo que haya pagado si se declara la

²⁷⁷ La secretaría ha agregado un párrafo para dar mayor realce a la manera en que las garantías personales facilitan el acceso al crédito (párr. 92 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126), de conformidad con las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 58).

²⁷⁸ En relación con las observaciones formuladas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 58), la secretaría ha agregado una referencia a la importancia de garantizar una adecuada protección jurídica de los familiares o amigos del propietario que sirven de garantes.

²⁷⁹ M. Damjan, A. Vlahek, *The protection of consumers as personal security providers under the DCFR and European Union consumer law*, 2018, pág. 21, publicado en: www.researchgate.net/.

²⁸⁰ Véase también la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995).

²⁸¹ M. Damjan, A. Vlahek, *The protection of consumers* (nota 279 *supra*), pág. 24.

nulidad o inexigibilidad del crédito garantizado)²⁸². Dentro de la categoría de las MIPYME, las empresas que recurren a las garantías personales independientes suelen ser medianas empresas maduras que realizan operaciones transfronterizas y que cuentan con recursos suficientes para pagar el coste adicional de la garantía personal. Debido a que sus recursos y el alcance geográfico de sus operaciones son más limitados, las MYPE utilizan principalmente las garantías personales dependientes, por lo general conocidas como fianzas. En muchos países, las garantías personales independientes no están reguladas por la ley de manera específica, emanan principalmente de la práctica contractual y están sujetas a los principios generales del derecho contractual y mercantil, por lo que la *Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente* (Nueva York, 1995) puede ayudar a los Estados a elaborar un régimen jurídico previsible y eficaz aplicable a esas garantías personales.

139. En la segunda categoría de garantías personales (garantías personales dependientes o fianzas), en las que la garantía está vinculada a la relación contractual subyacente, la obligación del garante es accesoria a la obligación principal del deudor y el garante actúa como obligado subsidiario del deudor principal en caso de incumplimiento²⁸³. Por lo tanto, el acreedor puede solicitar el pago al deudor principal en primer lugar y el garante, una vez que se le solicite el pago, puede invocar todas las excepciones que el deudor principal podría alegar contra el acreedor²⁸⁴.

140. Como ya se ha señalado (véase el párr. 138), las fianzas son utilizadas ante todo por las MYPE que, debido a la naturaleza de su actividad, realizan operaciones menos complejas a nivel local. Suelen ser aportadas por financiadores no profesionales que son los propietarios, directores o miembros de las MYPE, sus familiares u otras personas allegadas. Las garantías personales no solo aseguran el pago puntual de los préstamos comerciales, sino que también generan confianza entre los financiadores y las MYPE, ya que indican a los financiadores que es más probable que las MYPE consideren el pago del préstamo como una prioridad, dado que están en riesgo sus ingresos o sus bienes (o los de personas allegadas a ellos o asociadas a la empresa)²⁸⁵.

141. En determinadas jurisdicciones, puede que exista otro tipo de garantías personales que combinan características de las independientes y las dependientes. Por ejemplo, algunos países han introducido instrumentos de garantías personales para las personas físicas que actúan a título profesional y para las empresas de todos los tamaños y formas jurídicas (es decir, con o sin personalidad jurídica), que proporcionan una mayor libertad contractual. Las partes pueden estipular las circunstancias que harán exigible el pago, incluso en el caso de que no se haya incurrido en incumplimiento de la obligación garantizada; o tener la facultad de garantizar determinadas obligaciones de pago (presentes o futuras), una cartera de deudas o solamente algunos de los riesgos vinculados a ella, a favor de uno o varios beneficiarios actuales o futuros; o determinar en qué medida el garante podrá renunciar a la acción de regreso (es decir, a menos que se haya estipulado otra cosa, el garante no podrá invocar ninguna defensa o excepción que, conforme a la obligación garantizada, le permita negarse a pagar o demorar el pago). Esos instrumentos también pueden permitir que se aluda a la obligación garantizada sin correr el riesgo de que se la califique nuevamente de fianza^{286, 287}.

²⁸² A. Schwartz, “Personal Guarantees Between Commercial Law and Consumer Protection”, publicado en los informes generales del XIX Congreso de la International Academy of Comparative Law (M. Schauer, B. Verschraegen, eds.), 2017, pág. 375.

²⁸³ C. Henkel, “Personal Guarantees and Sureties between Commercial Law and Consumers in the United States”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62, 2014, pág. 337.

²⁸⁴ M. Damjan, A. Vlahek, “The protection of consumers” (nota 279 *supra*), pág. 23.

²⁸⁵ T. Wolff, “Look Before You Sign... the Pitfalls Of Personal Guaranties”, 2018, publicado en *The National Law Review* (www.natlawreview.com/article/look-you-sign-pitfalls-personal-guaranties).

²⁸⁶ Véase Luxemburgo, Loi du 10 juillet 2020 relative aux garanties professionnelles de paiement. Publicado en <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2020/07/10/a582/jo>.

²⁸⁷ La secretaría ha agregado este párrafo sobre las garantías personales profesionales en aras de la exhaustividad del análisis.

ii) *Importancia de las garantías personales dependientes para las MYPE*

142. Aunque el otorgamiento de una garantía personal para respaldar un préstamo comercial es algo común para muchas MYPE de distintas regiones del mundo²⁸⁸, las garantías personales pueden ir en contra de la finalidad misma del límite de responsabilidad de la MYPE establecido por la ley cuando esta ha sido constituida como una sociedad con responsabilidad limitada. En la práctica, la MYPE tendrá que renunciar al escudo protector que le confiere la responsabilidad limitada de sus miembros, ya que el propietario u otra persona muy vinculada a la MYPE pasará a ser personalmente responsable de las deudas de la MYPE. Además, el incumplimiento de una MYPE puede causar graves problemas financieros a los garantes²⁸⁹ y sus familias y, en algunos países, puede traer aparejado un fuerte estigma social. En algunos países, las fianzas de cumplimiento pueden ser una alternativa a las garantías personales incluso para las pequeñas empresas, en particular si las MYPE operan en determinados sectores comerciales (por ejemplo, la construcción o la contratación pública). Por lo general, las fianzas de cumplimiento son otorgadas por un asegurador (el fiador) e incorporan la promesa de que el asegurador pagará a la otra parte (el acreedor o beneficiario) una cantidad acordada en las condiciones estipuladas en el texto de la caución y de conformidad con un contrato subyacente entre el acreedor y el deudor principal. Aunque las fianzas de cumplimiento tienen el mismo alcance de las garantías personales, no exigen bienes gravados con garantías reales, especialmente en efectivo. Esto permite que las MYPE aumenten su capital circulante y su liquidez para financiar sus actividades. Además, las fianzas de cumplimiento pueden ayudar a las MYPE a obtener contratos ya que ofrecen a la otra parte la garantía de ejecución contractual. En determinados países, las fianzas de cumplimiento se presentan como mecanismos más baratos para las MYPE en comparación con las garantías personales²⁹⁰. La experiencia adquirida en otros países indica que pueden no ser adecuadas para empresas tan pequeñas en razón de su elevado costo (por ejemplo, por las primas excesivas que las sociedades que no cotizan en bolsa cobran por otorgar fianzas de cumplimiento)^{291, 292}.

iii) *Características fundamentales de un régimen de garantías personales que facilite la concesión de crédito a las MIPYME*²⁹³

143. Como ya se ha señalado (párr. 136), todo régimen jurídico eficaz de garantías personales aplicable a los préstamos concedidos a pequeñas empresas protege por igual los derechos de los garantes y los de los financiadores, y no desalienta a estos últimos a conceder créditos. La mayoría de los países no parece contar con un régimen especial de garantías personales para los préstamos concedidos a pequeñas empresas, por lo que se aplica el régimen general en materia de garantías personales. Varias disposiciones de regímenes generales en materia de garantías personales, por ejemplo las relativas a la protección de los garantes o los derechos y deberes de las partes en un acuerdo de

²⁸⁸ Por ejemplo, según una encuesta publicada en 2020 por los bancos regionales de la Reserva Federal de los Estados Unidos, casi el 60 % de las pequeñas empresas que tenían empleados utilizaban garantías personales como medio de garantizar el pago de las deudas de la empresa. Véase R. Simon y H. Huddon, en Wall Street Journal, 4 de abril de 2021, “Small-business owners feel weight of personal debt guarantees”.

²⁸⁹ La pandemia de COVID-19 ha aumentado los riesgos para los garantes personales y en algunos Estados se han creado programas para mitigar esos riesgos. Por ejemplo, en 2020 el Reino Unido prohibió a los bancos que solicitaran garantías personales a las pequeñas empresas para respaldar préstamos de emergencia y combinó esa medida con un nuevo plan de préstamos para apoyar a las pequeñas empresas afectadas por la pandemia. Véase www.theguardian.com/politics/2020/apr/02/uk-banks-banned-from-requesting-personal-guarantees-for-loans.

²⁹⁰ Por ejemplo, en la India. Véase Working capital crisis: Can surety bonds assure MSMEs freedom from hassle of expensive bank guarantees, febrero de 2022, publicado en: [Complete education to MSME&startup|MSME Ki Pathshala](https://www.completeeducation.com/MSME&startup/MSME%20Ki%20Pathshala).

²⁹¹ Por ejemplo, en los Estados Unidos.

²⁹² La secretaría ha explicado en mayor detalle el tema de las fianzas de cumplimiento, como se indica en la Nota para el Grupo de Trabajo que figura a continuación del párr. 97 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126. Sin embargo, se necesita seguir investigando para aclarar la cuestión de los gastos en distintos países y precisar si estos convierten a las fianzas de cumplimiento en una opción rentable para las MIPYME (A/CN.9/1090, párr. 60).

²⁹³ La secretaría ha modificado ligeramente el subtítulo para que sea más coherente con el tema central de la presente subsección.

garantías personales, son igualmente pertinentes a las garantías personales para la concesión de préstamos a pequeñas empresas. Teniendo en cuenta las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales, en los párrafos siguientes no se analizan en detalle las particularidades técnicas de un régimen jurídico en materia de garantías personales, sino más bien se exponen brevemente los rasgos característicos de un régimen eficaz que favorezca el acceso de las MYPE al crédito en lo tocante a la forma de la garantía personal, la revelación de información precontractual y contractual, y la claridad en los derechos de los financiadores y los garantes. Esos rasgos cumplen el doble propósito de garantizar la protección del garante y al mismo tiempo dar seguridad a todas las partes en el acuerdo²⁹⁴.

Nota para el Grupo de Trabajo: La secretaría profundizará su labor de investigación sobre los distintos enfoques de los legisladores nacionales para garantizar la protección de quienes otorgan garantías personales con miras a la próxima versión del proyecto de guía²⁹⁵.

a. Forma de la garantía personal

144. Es importante que los garantes evalúen debidamente los riesgos a que se exponen cuando aceptan contraer la obligación de pagar las deudas de una MYPE. Es posible que los empresarios sin experiencia o con escasos conocimientos financieros no entiendan plenamente qué es una garantía personal y de qué manera puede afectar a su negocio y sus finanzas personales²⁹⁶. A fin de reducir al mínimo los riesgos relacionados con la falta de información del garante, en la mayoría de las jurisdicciones se exige que toda garantía personal, independientemente de que se otorgue para respaldar préstamos a pequeñas empresas o no, cumpla determinados requisitos formales para que sea ejecutable, como la capacidad jurídica del garante para celebrar el contrato, la forma escrita²⁹⁷, la voluntad de obligarse jurídicamente y la firma del garante²⁹⁸.

145. Para minimizar aún más los riesgos debidos al desconocimiento, en las leyes de otras jurisdicciones se han establecido salvaguardias adicionales, como una declaración explícita de responsabilidad emitida por el garante²⁹⁹, acuerdos escritos certificados por un notario (que pueden incluir que se indique expresamente el monto máximo de la garantía personal para que el garante sea consciente del riesgo que asume)³⁰⁰ o que el garante reconozca ante un abogado la obligación que contrae en virtud de la garantía personal, tras lo cual el abogado debe confirmar el reconocimiento mediante un endoso en el acuerdo de garantía personal^{301, 302}, los regímenes nacionales equilibrados también

²⁹⁴ La secretaría ha modificado el párrafo (A/CN.9/1090, párr. 98) de la manera siguiente: i) se modificó la penúltima oración con el objetivo de resaltar el aspecto relativo a la protección del garante, de conformidad con las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 58) y ii) se eliminó la última oración para evitar redundancias.

²⁹⁵ Para más información, el Grupo de Trabajo tal vez desee remitirse al documento A/CN.9/1090, párr. 58.

²⁹⁶ Véase, por ejemplo, “SMEs don’t understand personal guarantee in business loans”, 2016, en <https://smallbusiness.co.uk/smes-personal-guarantee-business-loans-2535607/>. Los resultados de esta encuesta de 2016 revelaron que la mayoría de los empresarios no entendía plenamente qué era una garantía personal y cómo podía afectar a su negocio y sus finanzas personales.

²⁹⁷ En cuanto al significado de “forma escrita”, cabe señalar que no todos los Estados parecen aceptar la firma electrónica (p. ej., Alemania). En cambio, en algunos Estados (p. ej., Austria), los acuerdos firmados electrónicamente son válidos para las personas que actúan en ejercicio de su actividad comercial, con sujeción al régimen jurídico nacional en materia de firmas electrónicas. Véase A. Schwartz, “Personal Guarantees” (nota 282 *supra*), pág. 376.

²⁹⁸ L. Ellis, Where are the loopholes in Guarantees?, 2019, en <https://hallellis.co.uk/unenforceable-guarantees-legal/>.

²⁹⁹ Por ejemplo, Polonia, como se menciona en A. Schwartz, “Personal Guarantees” (nota 282 *supra*), pág. 376.

³⁰⁰ Por ejemplo, el Japón.

³⁰¹ Por ejemplo, la provincia canadiense de Alberta.

³⁰² Cabe señalar que, en muchos países, estas formas de protección parecen estar previstas principalmente para los consumidores, más que para las personas jurídicas. Esto puede plantear el interrogante de si las garantías personales de los propietarios, directores o miembros de las MYPE

garantizan la transparencia y la seguridad jurídica de los financiadores y los garantes al dejar claramente establecido el momento en que se hace efectiva la oferta de garantía personal.

Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de formular una recomendación sobre la forma de la garantía personal, conforme al análisis anterior.

b. Revelación de información en las etapas precontractual y contractual³⁰³

146. Como ya se ha señalado, las fianzas suelen ser otorgadas por personas no profesionales que carecen de los conocimientos y la experiencia necesarios y que a menudo desconocen todos los riesgos que pueden suponer tales compromisos³⁰⁴. Para ayudarles a tomar una decisión informada, así como para facilitar una relación basada en la confianza entre las partes, debería revelarse determinada información al garante antes de que se constituya la garantía y a lo largo de su vigencia³⁰⁵.

147. Por ello, en varios países, los financiadores están obligados a explicar al garante los riesgos jurídicos y económicos generales que se derivan de la garantía personal, como por ejemplo, si está respaldada o no por garantías reales. Además, algunos países consideran importante que se informe al garante de los riesgos más específicos relacionados con la situación financiera de la MYPE. El hecho de que determinada información sobre la situación financiera de la MYPE pueda ser confidencial no afecta al deber de informar, ya que el financiador debería obtener el consentimiento de la MYPE para revelarla³⁰⁶. Para asegurarse de que el garante es plenamente consciente de los riesgos potenciales de las garantías personales, en algunos países el financiador aconseja al garante que se procure asesoramiento jurídico y financiero independiente sobre los efectos de la garantía personal. Como se indica más adelante (véase el párr. 247), es conveniente que la información se facilite en un lenguaje fácil de entender y de forma que permita comparar las condiciones de la garantía personal con contratos similares de otros financiadores.

148. Para que recuerde su compromiso a largo plazo y sus posibles riesgos, en varios países el garante recibe comunicaciones periódicas durante el período de vigencia de la garantía personal que lo informan sobre la situación de la garantía. A fin de que el garante esté en mejores condiciones de evaluar constantemente su exposición a riesgos, se recomienda que la información proporcionada se refiera no solo a la obligación principal, sino también a cualesquiera otras obligaciones accesorias asociadas a ella (véase el párr. 154). Si bien es importante que la ley exija la comunicación periódica de la información pertinente, debería hacerlo de manera tal que reduzca la carga y el costo para los financiadores (por ejemplo, simplemente exigiendo información de carácter anual).

149. En determinados países, para maximizar sus efectos, el deber de revelar información debe complementarse con el deber de alertar de los riesgos, de modo que se notifique al garante cualesquiera circunstancias que puedan afectar a su obligación, como el incumplimiento de la MYPE. Es importante que la legislación aclare el contenido de las alertas de riesgos, que deberían incluir como mínimo información sobre el importe garantizado de la obligación principal y de cualquier otra obligación accesorial del garante. En aras de la transparencia y la equidad, si las condiciones de la obligación subyacente cambian de forma que puedan perjudicar al garante, la ley puede

pueden considerarse garantías otorgadas por consumidores y, en consecuencia, quedar amparadas por la legislación pertinente. No parece existir un criterio uniforme sobre esta cuestión en todos los Estados. Véase A. Schwartz, "Personal Guarantees" (nota 282 *supra*), pág. 379.

³⁰³ En aras de una mayor coherencia del texto, la secretaría reubicó aquí esta subsección (subsección "c", párrs. 105 a 108 del documento [A/CN.9/WG.I/WP.126](#)).

³⁰⁴ M. Damjan, A. Vlahek (nota 279 *supra*), pág. 20.

³⁰⁵ En aras de una mayor coherencia del texto, la secretaría ha eliminado la frase "en función de la duración de esta," antes de "a lo largo de su vigencia".

³⁰⁶ M. Damjan, A. Vlahek (nota 279 *supra*), pág. 35.

exigir que se consulte al garante, y no solo se le informe, ya que puede decidir retirar su compromiso³⁰⁷.

Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de formular una recomendación sobre el deber precontractual y contractual de revelar información en el contexto de las garantías personales, conforme al análisis anterior.

c. Derechos y obligaciones de los garantes y los financiadores³⁰⁸

150. La incertidumbre en relación con los derechos y obligaciones de las partes en un contrato de garantías personales puede afectar negativamente su voluntad de celebrar el contrato y, por consiguiente, reducir la disponibilidad de créditos o aumentar su costo. La claridad de las leyes aplicables a ese respecto es esencial para que exista confianza mutua entre las partes y para reducir cualquier posibilidad de abuso contractual. Reviste particular importancia la claridad en cuanto a la magnitud y el alcance de la responsabilidad del garante en caso de incumplimiento de la MYPE; la existencia de cualesquiera excepciones contractuales del garante (por ejemplo, la prórroga del plazo de la obligación principal del deudor) que no pueda invocar el deudor principal y si es posible renunciar a oponer tales excepciones (y en qué medida).

151. La responsabilidad del garante puede ser de carácter subsidiario o solidario. En el caso de la responsabilidad subsidiaria, el financiador debe en primer lugar exigir al deudor principal, es decir, la MYPE, el cumplimiento de su obligación antes de exigirselo al garante, aunque en algunas jurisdicciones las partes pueden convenir en que los financiadores reclamen el pago directamente al garante³⁰⁹. Si se establece la responsabilidad solidaria, el financiador puede reclamar el cumplimiento al deudor o al garante (dentro de los límites de la garantía personal). Ese principio se aplica también entre varios garantes personales que pueden haber respaldado el cumplimiento de la misma obligación. Hoy en día, la mayoría de los contratos de garantía personal contienen una cláusula de “solidaridad”, según la cual cada garante personal tiene una responsabilidad solidaria como miembro del grupo de garantes y, al mismo tiempo, una responsabilidad individual frente a los financiadores, por el pago de la deuda de la MYPE. Este tipo de cláusula puede dar lugar fácilmente al endeudamiento del garante al que se le pida que pague el importe total de la garantía personal. Dicho garante tendrá que recuperar de los demás garantes la parte del importe garantizado que corresponda a cada uno de ellos y correrá el riesgo de enfrentarse a un proceso judicial largo y costoso si los demás garantes no pueden pagar o se niegan a hacerlo. A fin de reducir los riesgos de sobreendeudamiento individual de los garantes y de desconfianza entre estos, riesgos estos que pueden afectar negativamente a las operaciones de la MYPE, es conveniente que en el marco jurídico nacional se precisen los derechos de cada garante con respecto a los cogarantes. También deberían precisarse con claridad los derechos del financiador frente a los cogarantes, y lo mismo debería hacerse respecto de las excepciones que puedan invocar los garantes frente al financiador³¹⁰.

152. Dada la magnitud diversa de la protección, los legisladores nacionales tal vez deseen precisar si existe una presunción del carácter subsidiario o solidario de la responsabilidad (por ejemplo, es posible que la ley imponga una “responsabilidad solidaria” cuando la garantía personal no dice nada al respecto³¹¹) y si la presunción de responsabilidad es obligatoria o puede ser modificada por las partes y por qué medios (es decir, acuerdo explícito). En aras de una mayor seguridad jurídica, los legisladores tal vez deseen también considerar la posibilidad de exigir a las partes que convengan

³⁰⁷ Véase, por ejemplo, *Manulife Bank of Canada v. Conlin*, [1996] 3 S.C.R. 415.

³⁰⁸ En relación con las deliberaciones celebradas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 61), la secretaría ha revisado la redacción de esta subsección, lo cual ha incluido la modificación del subtítulo y la adición de un nuevo párrafo inicial, a fin de resaltar los derechos y obligaciones de las partes en los acuerdos de garantías personales.

³⁰⁹ Véase A. Schwartze, “Personal Guarantees” (nota 282 *supra*), pág. 375.

³¹⁰ La secretaría ha agregado estas dos oraciones finales para dar más claridad al texto.

³¹¹ Por ejemplo, Carolina del Norte, citado en T. Wolff, en *The National Law Review* (nota 188 *supra*).

expresamente en el carácter subsidiario o solidario de la responsabilidad cuando celebren un contrato de garantía personal. En el caso de la responsabilidad subsidiaria, sería importante que en la ley se establecieran las distintas vías de recurso contra el deudor principal (si lo hubiera) que tendrían que agotar los financiadores antes de exigir el cumplimiento al garante. Esas vías podrían ser, por ejemplo, notificaciones escritas, intimaciones extrajudiciales, acciones judiciales contra el deudor o procedimientos de ejecución que resultaran infructíferos³¹².

153. En cuanto al alcance de la responsabilidad del garante, esta podría limitarse o no a un plazo determinado o a un importe concreto de la deuda³¹³. Una garantía personal que no esté limitada en el tiempo o en su importe puede ser especialmente arriesgada para el garante de una MYPE, ya que este puede llegar a tener que responder por múltiples préstamos de la MYPE frente al mismo financiador sin percatarse de que su responsabilidad personal va en aumento. Además, cuando el garante es el propietario de la MYPE, es posible que incluso después del traspaso de la MYPE a otro empresario pueda llegar a considerársele responsable por los préstamos tomados por la empresa. En muchos países se permite la constitución de garantías personales ilimitadas (en casos muy contados, se permite la responsabilidad ilimitada en relaciones mercantiles únicamente), mientras que en otros solo se permiten garantías personales por una determinada cantidad máxima³¹⁴. Dada la magnitud diversa de la responsabilidad del garante, sería conveniente que en el derecho interno se aclarara si se permiten garantías personales limitadas e ilimitadas y si les son aplicables requisitos concretos (por ejemplo, un acuerdo explícito entre el financiador y el garante) en el caso de las ilimitadas. La ley también debería referirse a los casos en que la garantía personal haya sido constituida por un antiguo propietario de la MYPE y precisar si ese garante puede ser liberado de su obligación o sustituido por un nuevo garante. Del mismo modo, en caso de fallecimiento del garante, sería necesario aclarar si el sucesor o los sucesores podrían quedar liberados por el financiador de la responsabilidad de cumplir una obligación que no habrían asumido.

154. Por último, es importante que en la ley se aclaren las demás obligaciones que debería abarcar la responsabilidad del garante, si las hubiere, como los intereses sobre la obligación principal, los daños y perjuicios por incumplimiento del deudor principal y los gastos de los recursos jurídicos del financiador contra el deudor principal. Por ejemplo, en determinados países los gastos de los recursos jurídicos no son asumidos por el garante a menos que haya sido acordado entre las partes³¹⁵. Una vez más, sería conveniente que, en aras de la transparencia, se establecieran mecanismos para velar por que el garante tenga conocimiento de las obligaciones adicionales que comprenderá la garantía personal.

Recomendación 3³¹⁶

La ley debería:

- a) Dejar claramente establecidos los derechos y obligaciones del financiador y del garante en un contrato de garantías personales; y
- b) Precisar si la obligación del garante es subsidiaria o solidaria a la obligación del deudor principal.

d. Garantías personales otorgadas por propietarios de MYPE o por sus familiares

155. Como ya se ha señalado (véase el párr. 134), el propietario, un familiar (a menudo, el cónyuge) o un amigo pueden constituir garantías personales para obtener préstamos en favor de las MYPE. Cuando son el propietario o un familiar quienes constituyen la

³¹² Véase A. Schwartz, "Personal Guarantees" (nota 282 *supra*), pág. 375.

³¹³ Véase M. Damjan, A. Vlahek (nota 279 *supra*), pág. 39.

³¹⁴ Es decir, Dinamarca. Véase A. Schwartz, "Personal Guarantees" (nota 282 *supra*), pág. 378.

³¹⁵ Por ejemplo, Austria, Dinamarca y Grecia. Véase A. Schwartz, "Personal Guarantees" (nota 282 *supra*), pág. 378.

³¹⁶ La secretaría ha agregado la presente recomendación conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 62).

garantía, ello puede generar riesgos de sobreendeudamiento o de embargo de bienes familiares o bienes personales de familiares. Para reducir esos riesgos, en determinados países el sector privado ha elaborado productos de seguro que a menudo se adaptan a las necesidades de los propietarios de las MYPE. No obstante, es importante que en la ley también se tengan en cuenta esos riesgos y se trate de reducirlos con medidas adecuadas que podrían ir desde obligaciones más estrictas sobre la revelación de información en la etapa precontractual hasta requisitos relativos al consentimiento del cónyuge, restricciones sobre el tipo de garantías personales que se pueden constituir o limitaciones sobre el embargo de bienes de la familia o de sus miembros.

156. Para que los propietarios de MYPE puedan otorgar garantías personales, en muchos países se exige a los financiadores que informen a los cónyuges de esos propietarios las consecuencias de otorgar una garantía personal o incluso que obtengan el consentimiento por escrito del cónyuge antes del otorgamiento de la garantía³¹⁷. Sin embargo, esa norma tiene sus excepciones en determinados países y puede no exigirse el consentimiento en circunstancias concretas; por ejemplo, si es el propietario o director de la empresa quien proporciona la garantía personal en el curso normal de los negocios³¹⁸.

157. Cuando se pide a miembros de la familia que otorguen garantías personales en favor de la MYPE, no solo se ponen en riesgo los bienes personales de esos familiares, sino que también pueden ponerse en peligro la estabilidad financiera de la familia y las relaciones interpersonales de sus miembros. Sin embargo, parecería que son escasos los países que tienen leyes que regulen las garantías personales otorgadas por familiares de propietarios de MYPE u otras personas muy allegadas. En algunos países, los órganos judiciales protegen a los garantes vulnerables aplicando las doctrinas de la violación de la relación fiduciaria, o la inadmisibilidad por razones de equidad³¹⁹ o influencia indebida, cuya aplicación no se limita a las garantías personales. Los órganos judiciales también han declarado inejecutables las garantías personales constituidas por personas allegadas cuando esas personas no cuentan con bienes ni ingresos pertinentes (porque se considera que la garantía personal ha sido constituida abusivamente con la finalidad de sacar provecho de la debilidad del prestatario)³²⁰. En otros países, los órganos judiciales han sostenido que es ilegal que un financiador exija una garantía personal otorgada por el cónyuge por la única razón de que el futuro garante está casado con la persona que solicita el préstamo^{321, 322}.

158. Se ha destacado también la importancia de velar por que el garante actúe sobre la base de información suficiente e imparcial, en particular si pudiera verse expuesto a riesgos especiales como resultado de la situación financiera de la MYPE y en vista de sus vínculos personales con el propietario de la MYPE. Por ejemplo, en algunos países el régimen de la insolvencia contempla las garantías personales otorgadas por familiares del deudor como deuda subordinada, circunstancia esta que debería ponerse en conocimiento del garante³²³. Por consiguiente, también se ha indicado que el financiador

³¹⁷ Por ejemplo, en Austria, el Brasil, los Países Bajos y Suiza, como se menciona en A. Schwartze, “Personal Guarantees” (nota 282 *supra*), pág. 380.

³¹⁸ Por ejemplo, en los Países Bajos, publicado en: www.vandoorne.com/en/knowledge-sharing/blog/spousal-permission-needed-for-guarantee/, y Turquía, publicado en: <https://ongorenlaw.com/the-consent-of-the-spouse-will-not-be-needed-in-regard-to-the-guarantee-agreement/>. La secretaría ha agregado la frase “y... de los negocios” para dar más claridad al texto.

³¹⁹ Según el régimen del common law del Canadá, una operación es de carácter leonino cuando una parte más fuerte se aprovecha de la debilidad de otra para obtener un beneficio a costa de la parte más débil, véase Canadian Centre for Elder Law Studies, “Financial Arrangements Between Older Adults and Family Members: Loans and Guarantees”, 2004, pág. 9.

³²⁰ Véase Alemania, Bunderverfassungsgericht 6 de diciembre de 2005 (1BvR 1905/02), citado en L. Gullifer, I. Tirado, Financing Micro-businesses and the UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, 2017, publicado en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3033114.

³²¹ Véase, por ejemplo, Hawkins v. Community Bank of Raymore (Tribunal de Apelaciones, Octavo Circuito, y Corte Suprema de los Estados Unidos).

³²² La secretaría ha trasladado esta oración para aquí (última oración del párr. 111 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) para dar más coherencia al texto.

³²³ En relación con las observaciones formuladas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 64), la secretaría ha resaltado la importancia de proporcionar

debería cerciorarse de que el garante ha recibido asesoramiento independiente y ha tenido tiempo suficiente para adoptar una decisión bien fundamentada sobre una obligación que podría llegar a ser gravosa financiera y emocionalmente³²⁴.

Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de formular una recomendación sobre las cuestiones relativas a las garantías personales de los propietarios de MYPE, sus familiares o amigos, conforme al análisis anterior.

e. Ejecución de la garantía personal

159. Si las MYPE pagan puntualmente el préstamo conforme a las condiciones en él previstas, los garantes suelen no correr grandes riesgos. Sin embargo, si una MYPE se encuentra en dificultades financieras, esto puede afectar a la solvencia de los garantes personales. Si el garante no puede pagar las deudas, es posible que tanto él como su familia queden endeudados de por vida como consecuencia de la ejecución de la garantía personal, según lo que disponga la legislación nacional, y en determinados países esto puede dar lugar a un fuerte estigma social. En algunas jurisdicciones, las dificultades financieras desproporcionadas de los garantes personales pueden atenuarse mediante regímenes de la insolvencia personal que con el tiempo los libere de sus obligaciones pendientes mediante un pago parcial o varios pagos de cuotas a plazos³²⁵. Esa forma de liberarse de las deudas permite a los garantes continuar con su vida económica habitual y, si el garante es el propietario de la MYPE, facilita que este reanude sus actividades y que incluso pueda sentirse más motivado para hacerlo³²⁶. Sin embargo, no todos los países han aprobado leyes en materia de insolvencia personal, y es posible que algunos de los que sí lo han hecho carezcan de mecanismos que permitan a los garantes liberarse de sus deudas, o hayan fijado plazos de espera prolongados para que los garantes se liberen, o impongan sanciones rigurosas en caso de quiebra personal³²⁷.

160. En la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre un régimen de insolvencia para microempresas y pequeñas empresas* (la *Guía legislativa*), aprobada en el 54º período de sesiones de la CNUDMI (2021), se recomienda un procedimiento simplificado en relación con las garantías personales otorgadas por empresarios individuales, propietarios de MYPE de responsabilidad limitada o sus familiares para responder a las necesidades comerciales de las MYPE cuando la ejecución de la garantía personal pueda dar lugar a la insolvencia personal del garante. Esto quizás pueda lograrse mediante la consolidación o la coordinación de los procedimientos conexos, es decir, el procedimiento de insolvencia seguido contra la MYPE y el procedimiento de insolvencia o ejecución contra sus garantes. En la *Guía legislativa* se aclara que, en los casos en que no se haya iniciado un procedimiento contra el garante, la ley puede permitir que este presente los posibles créditos de los acreedores para que sean tenidos en cuenta en el procedimiento de insolvencia iniciado contra la MYPE a fin de que se otorgue a esos créditos el tratamiento apropiado para evitar que el garante caiga en la insolvencia. Por ejemplo, la ley puede permitir que, según el caso, se ordene la paralización de la ejecución contra los garantes personales de la MYPE durante un plazo limitado. Al aprobar o confirmar un plan de reorganización de una MYPE insolvente, la autoridad competente puede dar un tratamiento especial a los créditos que tenga un garante contra la MYPE, diferenciándolos de los demás créditos comprendidos en el plan. Es posible que la legislación en materia de insolvencia permita que los garantes de MYPE soliciten una reducción o la exoneración de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la garantía personal otorgada si esas obligaciones son desproporcionadas respecto de los ingresos del garante, y también permitir que el garante pague la deuda a plazos durante un período prolongado. La autoridad competente u otro órgano pertinente del Estado

información suficiente a todo familiar que pueda correr riesgos especiales al otorgar una garantía personal.

³²⁴ Véase M. Damjan, A. Vlahek (nota 279 *supra*), págs. 35 y 36.

³²⁵ D. Hahn, "Velvet Bankruptcy", en *Theoretical Inquiries in Law*, 2006, vol. 7, pág. 541.

³²⁶ *Ibid.*, pág. 540.

³²⁷ Banco Mundial, *Report on the Treatment of MSME Insolvency*, 2017, pág. 34.

puede tener facultades discrecionales para exonerar al garante o reducir su obligación limitándola a la parte de la deuda que no esté cubierta por las obligaciones de pago de la MYPE. Esas medidas podrían aliviar una situación desproporcionadamente difícil para el garante³²⁸.

161. En la *Guía legislativa* también se sugiere la posibilidad de prever, en una ley distinta de la ley relativa a la insolvencia, medidas especiales de protección para garantes que sean especialmente vulnerables, por ejemplo, los que se determine que han otorgado garantías personales bajo coacción o que sean personas a cargo del deudor o que tengan fuertes vínculos afectivos con él (véase el párr. 157).

Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de recomendar la utilización de las normas internacionales vigentes que guarden relación con la ejecución de las garantías personales, conforme al análisis anterior.

B. Un marco legislativo que favorezca los mecanismos de capital para ampliar el acceso de las MIPYME al crédito³²⁹

162. Si bien la mayoría de las dificultades a que se enfrentan las MIPYME y los financiadores al utilizar los mecanismos de capital deberían abordarse por medio de medidas fiscales, reglamentarias y de política, es cierto que el derecho de sociedades, especialmente las normas de inscripción registral de empresas, desempeña una función importante en lo que respecta a incentivar la inversión en capital social. En la presente sección se analizarán las mejoras que se ha sugerido introducir en los marcos jurídicos en vigor en relación con la gobernanza empresarial que permite a las pequeñas empresas pasar del sector informal al sector formal de la economía, ofrece a los inversionistas la protección de la responsabilidad limitada e impone el requisito de llevar determinados libros o documentación. La presente sección también expondrá a grandes rasgos la función que desempeña la inscripción registral simplificada de las empresas para formalización de las MIPYME.

1. Constitución y funcionamiento de las empresas³³⁰

163. Como se señaló anteriormente, muchos de los obstáculos a que hacen frente las MIPYME para acceder al crédito se ven exacerbados por el hecho de pertenecer al sector informal de la economía. Al no cumplir los requisitos oficiales, carecen de acceso al sector bancario y deben recurrir al apoyo de familiares y amigos, a microcréditos o a otros cauces informales que muy rara vez son fuentes garantizadas de financiación. En varios países, la formalización de las empresas puede llegar a ser un proceso costoso y molesto que solo se puede iniciar si se reúnen determinados requisitos (p. ej., de capital mínimo), imposibles de cumplir especialmente para las MYPE, lo que impide la formalización de muchas empresas pequeñas potencialmente viables. Varios países de diferentes tradiciones jurídicas han reformado sus leyes y han adoptado formas jurídicas empresariales simplificadas en relación con la categoría de MIPYME con miras a facilitar la formalización de esas empresas.

164. En la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las empresas de responsabilidad limitada*, aprobada en julio de 2021, se sintetizan buenas prácticas y principios fundamentales emanados de esas reformas en un conjunto de recomendaciones sobre la manera en que los Estados podrían idear y reglamentar una forma jurídica simplificada aplicable a las MIPYME que facilitara aún más la constitución y la sostenibilidad de

³²⁸ A/CN.9/1052, anexo, párr. 93, y A/CN.9/WG.V/WP.172/Add.1, párrs. 330 a 335.

³²⁹ La secretaría ha trasladado aquí esta sección (secc. E del cap. IV del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) en atención a la solicitud formulada por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 33).

³³⁰ La secretaría ha modificado esta sección para que el examen de la formalización de las empresas y la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las empresas de responsabilidad limitada* estuviese mejor situado en el contexto del acceso al crédito.

esas empresas y, de esa manera, fomentase el espíritu empresarial. Esa forma simplificada podría facilitar la inclusión económica de las mujeres y demás empresarios que se vean expuestos a marcos culturales, institucionales y legislativos desfavorables, como los jóvenes y las minorías étnicas³³¹.

165. En relación con el acceso de las MIPYME al crédito, son especialmente pertinentes las recomendaciones de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las empresas de responsabilidad limitada* en el sentido de otorgar personalidad jurídica a la empresa y responsabilidad limitada a sus propietarios. Estos dos atributos suelen ir de la mano. Al tener personalidad jurídica propia, la empresa pasa a ser una persona jurídica independiente de sus miembros³³², salvaguarda esta de la que no gozan las MIPYME en varios países. Una consecuencia esencial de la personalidad jurídica de esas empresas es que sus miembros no responden personalmente de las obligaciones y deudas de la empresa por el mero hecho de formar parte de ella³³³. La responsabilidad limitada permite a los propietarios de las MIPYME (y a los inversionistas de capital) tomar decisiones empresariales sin la preocupación de que sus bienes personales puedan verse afectados en caso de que la empresa no rinda o se vea envuelta en algún litigio. Esto es importante tanto para proteger a los propietarios de las MIPYME como para promover la innovación y la creación de empresas, ya que permite a los empresarios asumir riesgos comerciales sin temor a incurrir en responsabilidad personal, directa o indirecta, como resultado de las actividades de la empresa³³⁴. En efecto, la responsabilidad económica de los miembros de las MIPYME se limita a una suma fija, que normalmente equivale al valor del aporte que hayan hecho a la empresa. La responsabilidad limitada de los propietarios y la personalidad jurídica propia de las MIPYME podrían ayudar a atraer a los inversionistas de capital y contribuir a promover la estabilidad de esas empresas y su acceso al crédito a un costo más bajo³³⁵.

166. Por último, pero no por ello menos importante, en la *Guía legislativa sobre las empresas de responsabilidad limitada* se recomienda que la empresa lleve determinados libros o documentación en los que consten, entre otras cosas: a) la información proporcionada al registro de empresas; b) el reglamento de organización, en caso de que se hubiera adoptado por escrito o se hubiera dejado constancia de él de alguna otra manera; c) la identidad de las personas que sean en la actualidad, o hayan sido anteriormente, administradores designados, miembros o beneficiarios finales de las personas jurídicas, en su caso, así como los últimos datos de contacto conocidos de todas ellas; d) los estados financieros, si los hubiera; e) las declaraciones de impuestos, y f) las actividades, operaciones y finanzas de la empresa³³⁶. Documentar bien la información relativa a las MIPYME, en particular los estados financieros y otros libros o documentación sobre las finanzas de la empresa, podría ayudar a atraer a futuros inversionistas de capital (y también a tener más fácil acceso a instituciones financieras formales), a la luz de la mayor credibilidad de la empresa y de la disminución de los costos relacionados con la diligencia debida.

2. Inscripción registral de empresas³³⁷

167. Otra manera de acceder al sector formal de la economía, además de constituyendo la empresa, es inscribiéndola en los registros de determinados organismos públicos (especialmente el registro de empresas, pero también el de los organismos tributarios o de seguridad social). En muchos países, para formalizar una empresa de cualquier tamaño o forma jurídica se exige su inscripción registral. No obstante, al igual de lo que

³³¹ *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las empresas de responsabilidad limitada*, párr. 4 (se publicará próximamente).

³³² *Ibid.*, recomendación 3 (se publicará próximamente).

³³³ *Ibid.*, recomendación 4 (se publicará próximamente).

³³⁴ *Ibid.*, párr. 32 (se publicará próximamente).

³³⁵ *Ibid.*, párr. 33 (se publicará próximamente).

³³⁶ *Ibid.*, recomendación 30 (se publicará próximamente).

³³⁷ La secretaría ha trasladado esta sección a esta parte del proyecto de guía porque el tema de la inscripción registral de empresas también es pertinente para las MIPYME que se procure formalizar. También ha modificado esta sección para hacer hincapié en la pertinencia de la inscripción en el contexto del acceso al crédito.

sucede con el procedimiento de constitución, los procedimientos de inscripción pueden llegar a ser excesivamente molestos y costosos para muchas empresas pequeñas, lo que puede hacer que se pierda el interés por pertenecer al sector formal.

168. En particular, en la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas* (2019) (la *Guía de la CNUDMI sobre un registro de empresas*) se establecen los principios fundamentales y las buenas prácticas en materia de inscripción registral de empresas y la manera de lograr las reformas necesarias. El propósito es simplificar y agilizar la inscripción registral para promover la formalización de las MIPYME y, de esa manera, aumentar sus posibilidades de obtener financiación y su visibilidad ante el público y en el mercado. También se sugiere que se establezcan incentivos para que las MIPYME y otras empresas cumplan sus obligaciones de inscripción. Esos incentivos variarán en función del contexto económico, empresarial y reglamentario de que se trate y pueden consistir, por ejemplo, en promover el acceso de las empresas inscritas al crédito³³⁸. Por lo que se refiere a las subvenciones estatales o programas públicos para fomentar el crecimiento de las MIPYME (como las medidas adoptadas durante la pandemia de COVID-19), es probable que las empresas no inscritas se pierdan esos beneficios.

169. En la *Guía de la CNUDMI sobre un registro de empresas* también se alienta a permitir la inscripción de las empresas que no están obligadas a inscribirse en el registro de empresas (pero que pueden tener que hacerlo necesariamente en otros organismos públicos, como los organismos tributarios y de seguridad social), ya que se les da la posibilidad de aprovechar varios servicios ofrecidos por el Estado, el registro y otras entidades, lo que abarca facilitarles el acceso al crédito³³⁹.

170. Es posible que las MIPYME deseen presentar y hacer pública su información financiera para fomentar la rendición de cuentas y la transparencia y mejorar sus posibilidades de acceder al crédito o atraer inversiones³⁴⁰. Si bien esas empresas por lo general no están obligadas a comunicar información con la misma frecuencia e igual grado de detalle que la generalidad de las empresas que cotizan en bolsa, pueden tener fuertes incentivos para hacerlo, sobre todo a medida que crecen y prosperan. Las empresas que deseen mejorar sus posibilidades de acceder al crédito o atraer inversiones quizás podrían demostrar que son responsables proporcionando información, por ejemplo, sobre su situación financiera y sus necesidades de capital (lo que comprende las utilidades y los dividendos), así como información relativa a la junta directiva. Es poco probable que esas consideraciones preocupen a las MIPYME mientras sean pequeñas, pero podrían adquirir importancia a medida que crecieran³⁴¹.

171. Por último, pero no menos importante, las MIPYME dirigidas por mujeres suelen pertenecer de manera desproporcional al sector informal de la economía. En la mayoría de los países, es probable que la brecha de financiación de las MIPYME dirigidas por mujeres sea mayor que la de las de propiedad de hombres, debido a prejuicios culturales o a limitaciones económicas, sociales y jurídicas (véase el párr. 6). Al respecto, en la *Guía de la CNUDMI sobre un registro de empresas* se recomienda específicamente que las mujeres tengan iguales y legítimos derechos de acceso a los servicios de inscripción registral de empresas y que en los requisitos exigidos para la inscripción registral no se discrimine a los posibles solicitantes de inscripción en razón de su género³⁴². También se deberían establecer políticas con el fin de reunir, por conducto del registro de empresas, datos anonimizados y desglosados por sexo suministrados voluntariamente a efectos de la inscripción registral, lo cual puede ayudar a los Estados a determinar la

³³⁸ *Guía legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas* (2018), párr. 23.

³³⁹ Entre los beneficios ofrecidos cabe citar la protección del nombre o denominación de la empresa, el acceso a otras oportunidades de crecimiento y una mayor visibilidad ante el público y en los mercados. Véase *ibid.*, párr. 125.

³⁴⁰ *Ibid.*, párr. 155.

³⁴¹ *Ibid.*, nota 20, pág. 71.

³⁴² *Ibid.*, recomendación 34.

magnitud de los obstáculos informales que impiden la creación de un régimen de inscripción registral de empresas que sea neutro en cuanto al género³⁴³.

Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee i) considerar la posibilidad de recomendar que se utilicen las normas internacionales en vigor concernientes a la constitución de empresas y la gobernanza empresarial, así como a la simplificación de la inscripción registral de las empresas, examinadas en las dos secciones anteriores, y ii) determinar otros aspectos que pueden mejorarse en el futuro con miras a facilitar el uso de mecanismos de capital para que las MIPYME tengan acceso al crédito.

C. Otras medidas para reforzar el acceso de las MIPYME al crédito

172. Como se indicó anteriormente (véase el párr. 98), además de las medidas legislativas, hay varias medidas de políticas y reglamentarias que también cumplen una función importante para facilitar el acceso de las MIPYME al crédito. En consecuencia, en esta parte del proyecto de guía se examinan determinadas prácticas (por ejemplo, suministro de información crediticia, apoyo a la reestructuración y mecanismos de solución de controversias) que, como mínimo, deberían aplicar los Estados a fin de prestar apoyo a las pequeñas empresas para obtener crédito³⁴⁴.

1. Sistemas de garantías de crédito³⁴⁵

173. En muchos países, en particular en aquellos con economía emergente o en transición, los sistemas de garantías de crédito constituyen un instrumento de política clave para cerrar la brecha de financiación de las MYPE, que en la mayoría de los países son sus principales beneficiarias (a diferencia de las empresas medianas)³⁴⁶. Esos sistemas disminuyen el riesgo crediticio de las instituciones financieras, ya que garantizan, generalmente a cambio de una comisión pagada por la institución financiera o la MYPE prestataria, o ambas, el pago de la totalidad o una parte del préstamo en caso de incumplimiento de la empresa. El pago del importe adeudado da derecho al sistema de garantías de crédito a reclamar esa suma a la empresa (véanse los párrs. 192 a 197).

174. Los sistemas de garantías de crédito pueden aportar otros beneficios, como ayudar a las instituciones financieras a superar el problema de la asimetría de la información y la escasa rentabilidad de los préstamos que se conceden a las MYPE³⁴⁷, y también pueden facilitar el acceso de estas al crédito oficial, ya que eliminan o reducen la necesidad de imponer requisitos en materia de garantía que tal vez no puedan cumplir y, de esa manera, mejoran las condiciones del préstamo. Se han señalado otros beneficios, aunque su alcance sigue siendo objeto de debate. Es decir, los sistemas de garantías de crédito pueden ayudar a las instituciones financieras a adquirir experiencia en la gestión de préstamos para MYPE, promoviendo así nuevos avances en este segmento del mercado, y pueden ayudar a las MYPE que habrían quedado excluidas del mercado de préstamos a establecer una reputación de buenas pagadoras que quizás les facilite en el futuro la obtención de préstamos de instituciones financieras³⁴⁸.

175. La OCDE describe cuatro grandes tipos de sistemas de garantías de crédito: i) sistemas públicos de garantías de crédito, en los que el costo de la garantía se paga directamente con cargo al presupuesto del Estado, lo que confiere al sistema más

³⁴³ *Ibid.*, recomendación 34 y párr. 175.

³⁴⁴ La secretaría ha modificado el primer párrafo de esta sección para que esté en consonancia con la nueva estructura del proyecto de guía.

³⁴⁵ La secretaría ha modificado la redacción de varios párrafos de esta sección para que no estén redactados en términos prescriptivos, en atención a la solicitud formulada por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 76).

³⁴⁶ Como las MYPE son las principales beneficiarias de los sistemas de garantías de crédito, en la presente sección se hace referencia a esas empresas (y principalmente se utiliza la sigla MYPE).

³⁴⁷ OCDE, "Discussion Paper on Credit Guarantee Schemes", 2010, pág. 4.

³⁴⁸ *Ibid.*, págs. 4 y 5.

credibilidad en el sector bancario; ii) sistemas empresariales de garantías, que normalmente son establecidos por el sector privado (p. ej., bancos y cámaras de comercio) y suelen contar con la participación directa del sector bancario; iii) sistemas de garantías recíprocas, que son entidades privadas e independientes, constituidas y administradas por MYPE, con acceso limitado a los préstamos bancarios, y iv) sistemas internacionales establecidos en el marco de iniciativas bilaterales o multilaterales de Gobiernos, organizaciones intergubernamentales u ONG, en los que a menudo se combina un fondo de garantía con programas de asistencia técnica³⁴⁹. En varios países también se han establecido sistemas de garantías de créditos a la exportación con miras a ayudar a las empresas que se dedican al comercio transfronterizo, incluidas las MIPYME de todo tamaño y forma jurídica. Esos sistemas pueden revestir diferentes formas, desde instituciones del Estado (p. ej., bancos) hasta alianzas público-privadas³⁵⁰.

a) Sistemas públicos de garantías de crédito

176. Los sistemas públicos de garantías de crédito son uno de los principales mecanismos públicos de apoyo para facilitar el acceso de las MYPE al crédito. Otros mecanismos de alcance similar que cabe citar son los programas de préstamos directos, los mecanismos de pignoración de los préstamos de las MYPE como garantía frente a la refinanciación de los bancos centrales y las bonificaciones fiscales y de los tipos de interés³⁵¹. Esas prácticas de los Estados pueden estar motivadas por diferentes objetivos, por ejemplo, colmar la brecha de financiación de las MYPE, aumentar la productividad y el bienestar de determinados grupos de empresarios o apoyar el empleo. Las crisis financieras nacionales o internacionales u otros acontecimientos extraordinarios que afectan negativamente a la capacidad del mercado para conceder crédito a las MYPE suelen ser el principal factor que motiva el apoyo directo de un Estado a esas empresas. Los sistemas públicos de garantías de crédito han demostrado ser un instrumento anticíclico especialmente eficaz para hacer frente a las consecuencias negativas de los fallos del mercado crediticio derivados de esas crisis o acontecimientos³⁵².

177. Sin embargo, ni los sistemas públicos de garantías de crédito ni otros mecanismos públicos de apoyo pueden sustituir los mecanismos privados eficientes de concesión de préstamos basados en el mercado, ya que pueden crear distorsiones en los mercados como canalizar fondos hacia MYPE improductivas, prolongar la existencia de empresas que deberían ser liquidadas o impedir la diversificación de las fuentes de financiación³⁵³. En particular, los sistemas públicos de garantías de crédito pueden perjudicar a las empresas que no cumplen los requisitos para acceder a ellos; desincentivar a las instituciones financieras para que tomen medidas adecuadas de diligencia debida, sobre todo si el sistema cubre la totalidad del importe del préstamo incobrable; crear el riesgo de que se utilice de manera inapropiada el dinero de los contribuyentes con el que se financian esos sistemas, y desincentivar a las MYPE para que crezcan hasta convertirse en empresas medianas, ya que en ese caso podrían dejar de reunir los requisitos necesarios para beneficiarse de ellos³⁵⁴. Con miras a evitar esos riesgos y aprovechar al máximo las ventajas que ofrecen esos sistemas, puede ser conveniente utilizar estos y otros mecanismos públicos de apoyo como medidas complementarias de la concesión de préstamos basados en el mercado a fin de corregir los problemas que no pueden solucionarse mediante mecanismos privados de concesión de préstamos. Eso permitiría a los países ampliar el abanico de posibilidades de que disponen las MYPE y los financiadores para emprender operaciones de financiación. Por ejemplo, los sistemas públicos de garantías de crédito pueden motivar a un financiador para que conceda

³⁴⁹ *Ibid.*, págs. 7 y 8.

³⁵⁰ Véase, por ejemplo, <https://www.oecd.org/mena/competitiveness/ismed-export-credit-agencies.htm>. La secretaría ha añadido esta remisión a los sistemas externos de garantías de crédito en atención a lo sugerido por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 78).

³⁵¹ M. Dubovek y S. Owada, "Secured Lending Stimulants: the Role and Effects of Public Credit Guarantees in Japan", *U. PA. ASIAN L. REV.*, vol. 16, 2021, pág. 378.

³⁵² *Ibid.*, págs. 374 a 427.

³⁵³ *Ibid.*, pág. 416.

³⁵⁴ Banco Mundial e iniciativa FIRST, 2015, *Principles for Public Credit Guarantee Schemes for SMEs*, pág. 120.

crédito no garantizado a una microempresa o a una empresa pequeña que ya haya obtenido del financiador un préstamo cubierto por un sistema de garantías de crédito³⁵⁵.

Criterios de eficacia de los sistemas públicos de garantías de crédito

Fundamentos de los sistemas públicos de garantías de crédito

178. El funcionamiento de los sistemas de garantías de crédito debe estar basado en los principios de responsabilidad y transparencia, así como en la obligación de hacer un uso eficiente y adecuado de los recursos públicos³⁵⁶. Los Estados pueden garantizar que así sea aplicando los siguientes criterios: estableciendo con anterioridad los objetivos y los criterios de rendimiento de los sistemas y evaluando periódicamente su desempeño³⁵⁷ y sus repercusiones favorables y desfavorables en el mercado. Si bien las leyes y mecanismos de derecho mercantil encaminados a resolver controversias de manera equitativa, incluso por la vía extrajudicial, desempeñan un papel fundamental en lo que concierne a crear un entorno propicio en el que puedan funcionar los sistemas de garantías de crédito, para elaborar un sistema que funcione con eficiencia es necesario basarse en una combinación de medidas legislativas y de regulación en las que se suelen tener en cuenta los fundamentos jurídicos del sistema, los criterios de admisibilidad de las MYPE y de las instituciones financieras y la cobertura de los préstamos, la mitigación de los riesgos, los requisitos en materia de garantías, el cobro de comisiones y la sostenibilidad y la recuperación por parte de los sistemas de garantías de crédito de cualquier préstamo incobrable.

179. En la publicación de 2015 del Banco Mundial y la iniciativa FIRST titulada *Principles for Public Credit Guarantee Schemes for SMEs*³⁵⁸, se indica que el marco jurídico y regulador correspondiente podría formar parte de la legislación en materia societaria o bancaria o de las leyes específicas aplicables a la institución de que se trate. En los Estados en que las garantías son proporcionadas directamente por la administración pública central, y no por entidades independientes establecidas a tal fin (véase el párr. 180), es conveniente que la responsabilidad del Estado con respecto a la prestación del servicio esté prevista en las leyes aplicables.

180. Los sistemas públicos de garantías de crédito pueden establecerse como entidades independientes con personalidad jurídica, si bien se permitiría que el Estado conservara la propiedad y el control del sistema. En este último caso, en el marco jurídico y regulador aplicable se debería aclarar lo siguiente: i) de qué manera ejercerá el Estado su derecho de propiedad ii) quién representará al Estado (p. ej., un ministerio o un organismo) y qué órgano del Estado supervisará el sistema; iii) las condiciones generales aplicables a la inversión del Estado; iv) la relación entre el Estado como accionista y el consejo de administración o los directores del sistema, y v) las fuentes de financiación del sistema. Si el Estado opta por establecer el sistema de garantías de crédito en asociación con el sector privado, el hecho de definir claramente las responsabilidades y obligaciones de ambas partes ayudaría a proteger los derechos de

³⁵⁵ En su 37º período de sesiones, el Grupo de Trabajo solicitó a la secretaría que aclarase en este párrafo (párr. 166 del documento [A/CN.9/WG.I/WP.126](#)) que los sistemas de garantías de crédito no constituirían una alternativa a la concesión de préstamos basados en el mercado ([A/CN.9/1090](#), párr. 77). En consecuencia, la secretaría ha reemplazado la última oración del párrafo para destacar el carácter complementario de los sistemas públicos de garantías de crédito y la concesión de préstamos basados en el mercado.

³⁵⁶ En atención a lo solicitado por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones ([A/CN.9/1090](#), párr. 76), la secretaría ha añadido una referencia a la “transparencia” de los sistemas públicos de garantías de crédito al comienzo del examen del tema. Además, ha hecho hincapié en la importancia de la “responsabilidad” de los sistemas.

³⁵⁷ Véase Banco Europeo de Inversiones – Iniciativa de Viena, “Credit Guarantee Schemes for SME lending in Central, Eastern and South-Eastern Europe – a report by the Vienna Initiative Working Group on Credit Guarantee Schemes”, 2014, pág. 55.

³⁵⁸ Los principios abarcan cuatro esferas: i) marco jurídico y regulador, ii) gobernanza empresarial y gestión de riesgos, iii) marco operacional y iv) seguimiento y evaluación. Esta sección del proyecto de guía se centra en los aspectos de los principios que guardan relación con su ámbito de aplicación.

los accionistas minoritarios, que suelen ser entidades del sector privado, y a promover su participación activa en la gobernanza y los procesos de adopción de decisiones³⁵⁹.

181. Para que los sistemas de garantías de crédito funcionen con eficiencia, es importante que en su mandato se precisen el sector o los sectores de las MYPE a que estaría dirigido el sistema y la actividad o actividades comerciales principales de esas empresas, y que el mandato esté definido en un sentido lo suficientemente amplio como para poder hacer frente a los acontecimientos cíclicos que se produzcan en el sector o los sectores previstos³⁶⁰. Igualmente importante es establecer mecanismos de examen periódico del mandato a fin de evaluar su validez a lo largo del tiempo. Además de la concesión de garantías de crédito, el mandato puede abarcar otros servicios, como el suministro de información, la asistencia técnica, la capacitación y el asesoramiento³⁶¹. La autonomía de gestión y la responsabilidad de los sistemas de garantías de crédito en torno al cumplimiento de sus funciones son fundamentales, y pueden garantizarse aún más si sus actividades diarias no están sometidas a injerencias políticas³⁶². Sin suficientes fondos, un sistema de garantías de crédito no puede cumplir su mandato efectivamente. Para garantizar que se disponga de un nivel suficiente de fondos, es conveniente que en el marco jurídico o regulatorio se establezcan la cantidad necesaria y la responsabilidad del Estado con respecto a la aportación del capital inicial y la concesión de subsidios adicionales durante el ciclo de vida del sistema³⁶³.

182. En su calidad de pasivo contingente, el sistema público de garantías de crédito puede exponer al Estado a importantes riesgos presupuestarios que redunden en salidas de caja imprevistas y en un aumento de la deuda. Para mitigar esos riesgos, es importante que, antes de establecer un sistema de esa índole, el Estado lleve a cabo una evaluación a largo plazo de sus posibles consecuencias presupuestarias. A fin de hacer una evaluación a fondo del riesgo fiscal, se suelen considerar los factores que pueden afectar al balance financiero general del sistema, así como las opciones para distribuir los riesgos entre las partes intervinientes (es decir, el propio sistema de garantías de crédito, las instituciones financieras que conceden préstamos y los prestatarios).

Criterios de admisibilidad

183. Para que un sistema de garantías de crédito sea eficiente debe basarse en criterios de admisibilidad claros y transparentes con respecto a las MYPE, las instituciones financieras prestamistas y los préstamos, que deberían darse a conocer públicamente y revisarse con regularidad. La transparencia y la claridad de esos criterios también permiten al Estado evitar el uso indebido de los fondos públicos invertidos en el funcionamiento del sistema. En cuanto a las MYPE, sería importante aclarar si se admitirá a empresas constituidas como sociedades o a empresarios individuales, así como los sectores de actividad a los que habrán dedicarse las empresas. Otros criterios de admisibilidad pueden ser el tamaño de la empresa (determinado normalmente por el número máximo de empleados, el valor de los activos y las ventas), el subsector en el que opera³⁶⁴ o un tiempo mínimo de funcionamiento³⁶⁵. En algunos Estados, uno de los requisitos jurídicos puede ser la existencia de un vínculo con la jurisdicción en la que se otorga la garantía, por ejemplo, el lugar donde se lleva a cabo la actividad comercial³⁶⁶. Es conveniente que los Estados tengan la posibilidad de ampliar los

³⁵⁹ Banco Mundial e iniciativa FIRST (nota 354 *supra*), pág. 14.

³⁶⁰ *Ibid.*, pág. 15.

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² La secretaría ha reemplazado la expresión “supervisión ejercida por el Estado” por la referencia a la injerencia política en el sistema público de garantías de crédito, en atención a la solicitud formulada por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, para. 77).

³⁶³ Banco Mundial e iniciativa FIRST (nota 354 *supra*), pág. 13.

³⁶⁴ *Ibid.*, pág. 18.

³⁶⁵ Véase, por ejemplo, el sistema BizSME de Malasia, que exige un tiempo mínimo de funcionamiento que suele ser de 1 a 5 años.

³⁶⁶ En algunos casos, como el de los Emiratos Árabes Unidos, también se exige que la propiedad o la gestión estén en manos de nacionales de esa jurisdicción para evitar el desembolso de garantías a empresas sin un vínculo genuino con la jurisdicción que las respalda. En otros casos, por ejemplo en Irlanda, el sistema de garantías de crédito puede excluir a las empresas que forman parte de un

criterios de admisibilidad de las empresas que se acojan al sistema de garantías de crédito en caso de crisis financiera importante u otras emergencias que afecten a la economía nacional³⁶⁷.

184. En consonancia con el marco jurídico y regulador aplicable, el sistema de garantías de crédito podría establecer programas destinados a subcategorías de empresas³⁶⁸, como las que están en formación, las exportadoras o las de alta tecnología, o a determinados grupos de empresarios, como las mujeres o los jóvenes, con el fin de fomentar el espíritu empresarial en esos segmentos. Otra posibilidad sería que los sistemas llevaran una lista de MYPE excluidas por no cumplir los requisitos necesarios (por ejemplo, debido a su perfil crediticio o a su reputación en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones)³⁶⁹ o que excluyeran expresamente de su ámbito de actuación a algunos subsectores³⁷⁰.

185. También es ventajoso para las instituciones financieras prestamistas que se apliquen criterios claros de admisibilidad, tal vez establecidos sobre la base de indicadores objetivos como su capacidad para atender a empresas pequeñas y su capacidad de gestión de riesgos^{371, 372}. Por lo general³⁷³, entre las instituciones financieras admisibles cabe citar a las siguientes: bancos comerciales, bancos de desarrollo, instituciones de crédito autorizadas o proveedores de servicios financieros no bancarios supervisados³⁷⁴, cooperativas de crédito³⁷⁵ o entidades sin fines de lucro cuyo objetivo principal sea apoyar el desarrollo de las pequeñas empresas³⁷⁶. La posibilidad de admitir otras categorías de instituciones financieras que reúnan las condiciones necesarias ayudaría a los países a responder a la necesidad de liquidez inmediata durante graves desastres naturales o crisis financieras³⁷⁷.

grupo de sociedades más amplio o a las que pertenecen en gran medida a organismos públicos o inversionistas extranjeros.

³⁶⁷ Por ejemplo, durante la pandemia de COVID-19, muchos países ampliaron los criterios de admisibilidad para incluir determinadas industrias o empresas, incluso de gran tamaño, pertenecientes a sectores estratégicos. Véase FMI, serie especial sobre la COVID-19, 2020, “Legal Considerations on Public Guarantees Schemes Adopted in Response to the COVID-19 Crisis”, pág. 2.

³⁶⁸ Algunos sistemas de garantías de crédito están concebidos expresamente para ayudar a las empresas que desarrollan su actividad en determinados sectores considerados vulnerables o desfavorecidos en cuanto al acceso al crédito, como las empresas agrícolas o las industrias manufactureras (véase, por ejemplo, el Fondo del Sistema de Garantías de Crédito Agrícola de Nigeria).

³⁶⁹ En Malta e Irlanda pueden quedar excluidas las empresas que se hayan declarado en quiebra, o que hayan llegado a acuerdos de reestructuración con los acreedores o cuyo personal directivo o ejecutivo haya sido condenado por una falta de conducta profesional, como fraude, corrupción o blanqueo de dinero.

³⁷⁰ Por ejemplo, en Lituania no se conceden ayudas a las empresas que operan en los sectores de los juegos de azar, las municiones ni la producción y venta de tabaco y alcohol.

³⁷¹ Banco Mundial e iniciativa FIRST (nota 354 *supra*), pág. 18.

³⁷² Algunos países no establecen ni publican expresamente criterios generales de admisibilidad de las instituciones financieras prestamistas (por ejemplo, Eslovenia), mientras que en otros se designa a las instituciones financieras admisibles aplicando criterios generales o abstractos (p. ej., en Chile) o haciendo una lista (exhaustiva) de instituciones acreditadas que han sido sometidas a un procedimiento de preselección (p. ej., en la India o Nueva Zelandia).

³⁷³ La secretaría ha modificado esta oración para aclarar más el texto.

³⁷⁴ Por ejemplo, en Filipinas.

³⁷⁵ Por ejemplo, en el Brasil.

³⁷⁶ Por ejemplo, en Egipto, donde el programa para pequeñas empresas y empresas en formación (SEB) se ejecuta a través de las ONG contratantes.

³⁷⁷ Por ejemplo, durante la pandemia de COVID-19, algunos Estados han venido incluyendo en la categoría de prestamistas a entidades financieras no bancarias (como entidades de dinero electrónico y proveedores de servicios de pago en España o el servicio postal nacional en Suiza). Véanse FMI, serie especial sobre la COVID-19 (nota 367 *supra*), pág. 2, y M. Dreyer y K. Nygaard, 2020, “Lessons Learned in Designing and Implementing Support for Small Businesses”, que puede consultarse en: <https://som.yale.edu/blog/lessons-learned-in-designing-and-implementing-support-for-small-businesses>. Véanse también los ejemplos de Australia, el Canadá o Filipinas. Para poder participar en estos sistemas de garantías de crédito, se puede exigir a los solicitantes que demuestren de algún modo que se han visto afectados por la COVID-19, por ejemplo, por no haber obtenido las corrientes de efectivo o el volumen de ventas previstos y regulares, o por los mayores costos de explotación en las condiciones impuestas por la pandemia.

186. Por último, el hecho de que en las leyes o reglamentaciones se aclare para qué tipos de préstamos se pueden solicitar garantías evitaría que el sistema de garantías de crédito adoptara decisiones discrecionales o arbitrarias que pudiesen menoscabar su eficacia. En ese sentido, sería conveniente que se incluyeran tanto los préstamos para gastos de explotación (p. ej., sueldos, alquileres o servicios públicos) como los destinados a financiar inversiones, ya que los primeros ayudan a mantener los puestos de trabajo en las MYPE que son vulnerables a la insolvencia debido a la escasez de crédito a corto plazo, y los segundos contribuyen a la generación de empleo y al crecimiento económico a largo plazo³⁷⁸.

Mitigación de los riesgos de los sistemas públicos de garantías de crédito

187. Como se indicó anteriormente, los sistemas públicos de garantías de crédito pueden exponer a los Gobiernos a elevados riesgos fiscales, ya que el Estado puede carecer de los fondos necesarios para atender las obligaciones emanadas de las garantías que se invoquen, en particular en tiempos de crisis. Por lo tanto, como principio general, para adoptar la decisión de establecer un sistema público de garantías de crédito debe seguirse un proceso que garantice que las instancias normativas comprendan bien los riesgos que puede entrañar el sistema. Esto podría abarcar desde informar al parlamento sobre el tipo de sistema de que se trate y sus implicaciones, y el modo en que podrían afectar al presupuesto público, hasta tener que recibir la aprobación del parlamento para poder establecerlo. Además, para diseñar el sistema, los Estados pueden utilizar mecanismos diferentes con objeto de mitigar los riesgos que pueda plantear su funcionamiento. Por ejemplo, pueden introducir un límite máximo, ya sea una suma fija o un porcentaje, del grado de exposición global del sistema. Ese límite puede ser permanente o puede revisarse a intervalos definidos. Otra posibilidad es establecer un límite del monto de cada préstamo garantizado por el sistema³⁷⁹. Los Estados también pueden optar por aplicar una política de comisiones basadas en los riesgos, que consista en cobrar comisiones de garantía más elevadas por los préstamos más arriesgados. Esto puede dar lugar a que se definan diferentes categorías de riesgos, de modo que cada categoría tenga una comisión estándar predeterminada.

188. Una de las formas más comunes de limitar el riesgo moral de las instituciones financieras que conceden préstamos consiste en establecer garantías parciales, en las que se utiliza el mecanismo del índice de cobertura a fin de determinar el porcentaje de riesgos que cubrirá el sistema de garantías de crédito. Es conveniente formular esos mecanismos cuidadosamente, de modo que puedan ofrecer suficiente protección a las instituciones financieras prestamistas en caso de incumplimiento de las MYPE y, al mismo tiempo, también alienten a esas instituciones a supervisar periódicamente el desempeño de las empresas. Por ejemplo, un alto índice de cobertura puede ser muy atractivo para las instituciones financieras, ya que estarían protegidas del riesgo crediticio y podrían no tener incentivos para evaluar los riesgos y emprender actividades adecuadas de supervisión, lo que las llevaría a arriesgarse excesivamente (p. ej., concediendo préstamos a MYPE de alto riesgo) y a poner en peligro la sostenibilidad de los sistemas de garantías³⁸⁰. Por el contrario, si el sistema de garantías de crédito asumiera solamente una pequeña parte del riesgo, las instituciones financieras podrían no tener interés en participar en el programa³⁸¹. Las necesidades en materia de políticas suelen influir en la decisión de los Estados con respecto al índice de cobertura. Establecer un equilibrio entre la exposición a riesgos del sistema de garantías de crédito y de la institución financiera prestamista ciertamente serviría para incentivar a esta

³⁷⁸ Banco Mundial e iniciativa FIRST (nota 354 *supra*), págs. 18 y 19.

³⁷⁹ Durante la pandemia de COVID-19, muchos Estados aumentaron temporalmente el límite máximo del monto de los préstamos utilizando criterios como el tipo y el tamaño de las MYPE o sus ingresos. En algunos Estados, las leyes aplicables admitían excepciones en casos concretos en interés de la seguridad nacional, la protección del empleo o la importancia de la empresa para la economía nacional. Véase FMI, serie especial sobre la COVID-19 (nota 367 *supra*), pág. 3.

³⁸⁰ FMI, serie especial sobre la COVID-19 (nota 367 *supra*), pág. 2.

³⁸¹ R. Ayadi y S. Gadi, "Access by MSMEs to Finance in the Southern and Eastern Mediterranean: What role for credit guarantee schemes?", MedPro Technical Report, 2013, pág. 11.

última a supervisar a fondo el cumplimiento crediticio de la empresa³⁸². El índice de cobertura debe estar claramente indicado en el contrato celebrado entre el sistema de garantías de crédito y la institución financiera, y en él también debe aclararse cómo se repartirán las pérdidas entre las dos partes.

189. Dado que la distribución de los riesgos entre el sistema de garantías de crédito y las instituciones financieras que conceden préstamos se ve afectada por sus funciones y responsabilidades respectivas, es importante que tanto unas como otras se establezcan claramente en el marco jurídico. Una buena práctica sería aclarar que la decisión de conceder un préstamo queda a la entera discreción de la institución financiera y se regirá por los criterios establecidos para adoptar esas decisiones (p. ej., la solvencia de las MYPE; si el préstamo garantizado es congruente con el negocio de la institución financiera y su apetito de riesgo, o si el préstamo garantizado puede utilizarse como garantía para acceder a los mecanismos de liquidez del banco central) y que el sistema de garantías de crédito es responsable de aprobar las distintas garantías³⁸³.

190. También puede haber un riesgo moral para las MYPE si proporcionan información engañosa o no comunican información delicada a las instituciones financieras prestamistas, y las prácticas de distribución de riesgos pueden ayudar a evitarlo. Una práctica recomendada es exigir a la empresa que aporte una garantía, ya que eso demuestra su voluntad de pago. No obstante, si las exigencias en ese sentido son excesivas, se puede frustrar el objetivo de la garantía, por lo que el sistema de garantías de crédito debería negociar con la institución financiera prestamista para determinar un nivel adecuado de bienes ofrecidos en garantía que limite el riesgo moral de las MYPE pero que no las disuada de solicitar préstamos³⁸⁴.

Comisiones

191. Por lo general, la comisión que se cobra por otorgar una garantía se establece en el marco jurídico o regulador del sistema de garantías de crédito, en lugar de fijarse caso por caso, y normalmente consiste en un importe fijo o variable. Al determinar las comisiones, es conveniente conciliar los objetivos del programa de garantías con su sostenibilidad financiera. Las comisiones del sistema de garantías de crédito, junto con los ingresos que pueda obtener con sus actividades de inversión y los subsidios que en su caso reciba del Estado, deberían cubrir el costo de las operaciones y el costo previsto del riesgo crediticio. La transparencia en la política de precios ayuda a hacer que el sistema sea atractivo para sus posibles usuarios. La posibilidad de ajustar las comisiones en función de las circunstancias concretas del país garantiza la sostenibilidad del sistema³⁸⁵. Por ejemplo, en respuesta a crisis graves que afectaban a sus estructuras económicas generales, algunos Estados establecieron límites máximos a las comisiones que se podían cobrar o prohibieron cobrarlas³⁸⁶.

Incumplimiento de las MYPE y recuperación de los préstamos incobrables

192. Un proceso oportuno y transparente de gestión de la cesación de pagos de las MYPE y de las reclamaciones posteriores de las instituciones financieras que les han concedido préstamos es fundamental para que el sistema de garantías de crédito funcione con eficiencia e inspire y siga inspirando confianza a esas instituciones³⁸⁷. Esto puede lograrse si en el marco jurídico o regulador y en los acuerdos contractuales se

³⁸² En su 37º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino (A/CN.9/1090, párr. 77) en que en este párrafo (párr. 177 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) se reflejara la idea de que el índice de cobertura podía afectar a la supervisión del desempeño de los prestatarios por parte de los financiadores. Para atender a esa decisión, la secretaría ha añadido dos oraciones: i) una después de la primera oración y ii) otra antes de la última oración.

³⁸³ FMI, serie especial sobre la COVID-19 (nota 367 *supra*), pág. 4.

³⁸⁴ Banco Mundial e iniciativa FIRST (nota 354 *supra*), pág. 20.

³⁸⁵ La secretaría ha suprimido la referencia al ajuste de las comisiones de los sistemas de garantías de crédito en función del historial de pérdidas crediticias y de la evolución del mercado, en atención a la solicitud formulada por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 77).

³⁸⁶ Por ejemplo, la crisis generada por la pandemia de COVID-19. Al respecto, véase FMI, serie especial sobre la COVID-19 (nota 367 *supra*), pág. 3.

³⁸⁷ Banco Mundial e iniciativa FIRST (nota 354 *supra*), pág. 22.

aclaran las circunstancias exactas que darán lugar a que intervenga el sistema de garantías de crédito, por ejemplo, la apertura de un procedimiento de insolvencia contra la empresa o la demora de esta en el pago del préstamo³⁸⁸.

193. En algunas jurisdicciones³⁸⁹, las garantías otorgadas por esos sistemas se consideran garantías independientes, en las que la obligación del garante no está vinculada a la deuda subyacente (véase el párr. 137). En otras, el sistema de garantías de crédito tiene una responsabilidad subsidiaria³⁹⁰ (véase el párr. 139) en virtud de la cual la ejecución o la validez de la garantía dependen, respectivamente, de la ejecución y la validez de la obligación del deudor principal, pero el sistema de garantías de crédito puede efectuar un pago provisional a la institución financiera en función de las pérdidas que cabría esperar en caso de falta de pago. Si la ejecución de las garantías por las instituciones financieras está vinculada a la existencia de “pérdidas”, es necesario aclarar cuándo y cómo se considerará que existen dichas pérdidas y que estas han sido asumidas por las instituciones financieras³⁹¹. Sin embargo, sería conveniente que, antes de presentar sus reclamaciones, las instituciones financieras buscaran proactivamente soluciones alternativas, incluida la reprogramación de los préstamos, para lograr que las MYPE pagaran³⁹².

194. La claridad y la transparencia con que se desarrollen los procedimientos de cobro de las garantías pueden evitar litigios costosos entre las instituciones financieras prestamistas y los sistemas de garantías de crédito. Una medida preliminar para conservar una relación sana entre las dos partes es que celebren acuerdos contractuales en los que se precisen las condiciones de admisibilidad de las reclamaciones, el importe máximo de los intereses no abonados cubiertos por la garantía y un plazo para el pago total de las sumas reclamadas. Una práctica bastante común es establecer un período mínimo de espera obligatorio antes de que se pueda presentar una reclamación ante el sistema de garantías de crédito tras el desembolso del préstamo, y se ha sugerido que también se establezca un período máximo a partir del vencimiento de uno o más pagos no realizados y que ese plazo no esté condicionado al inicio de acciones judiciales contra la empresa³⁹³. Además, es conveniente que en los acuerdos se exija una explicación detallada por escrito si se rechaza la reclamación³⁹⁴.

195. Por último, es necesario aclarar los derechos que tendrá el sistema de garantías de crédito una vez que haya desembolsado la garantía³⁹⁵. El principio jurídico general es que los derechos o las reclamaciones de la institución financiera prestamista contra las MYPE u otros obligados se cedan al sistema de garantías de crédito (subrogación legal). Para asegurarse de que todas las partes tengan conocimiento de esto, es importante que el derecho de subrogación se establezca expresamente en las condiciones de la garantía y que la disposición indique claramente que el sistema de garantías de crédito puede ejercer ese derecho sin esperar a que la institución financiera reciba el pago de cualquier otro importe no garantizado. Una condición básica para la aplicación efectiva de la subrogación legal es, por supuesto, que en el marco jurídico nacional se reconozca como legalmente exigible el derecho de subrogación del sistema público de garantías de crédito. Para reforzar sus derechos de subrogación, algunos sistemas pueden celebrar un acuerdo independiente con las MYPE, en virtud del cual estas se comprometan a indemnizarles por cualquier pago efectuado.

196. Un sistema público de garantías de crédito podría subrogarse en los derechos de demasiadas instituciones financieras prestatarias, lo que podría plantear una amenaza para su sostenibilidad financiera. Para mitigar ese riesgo, se ha sugerido que los sistemas

³⁸⁸ Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit GmbH (GIZ), *SMEs' Credit Guarantee Schemes in Developing and Emerging Economies: Reflections, Setting-up Principles, Quality Standards*, 2014, pág. 59.

³⁸⁹ Por ejemplo, en los Estados Unidos e Italia. FMI, serie especial sobre la COVID-19 (nota 367 *supra*), pág. 5.

³⁹⁰ Por ejemplo, en Francia y los Países Bajos. *Ibid.*, pág. 5.

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² Banco Mundial e iniciativa FIRST (nota 354 *supra*), pág. 22.

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ *Ibid.*

de garantías de crédito conviertan los préstamos garantizados en instrumentos de capital o cuasicapital y traspasen los riesgos financieros a otras instituciones públicas (como los bancos de desarrollo) o vehículos de inversión especializados, que pueden gestionar mejor esas posiciones de riesgo. En el caso de los préstamos garantizados de las microempresas, la conversión de la deuda en un instrumento de cuasicapital, por ejemplo, en una obligación fiscal futura, podría ser una opción más viable, habida cuenta de los elevados costos que conlleva supervisar una inversión de capital³⁹⁶.

197. Si el sistema de garantías de crédito solo proporciona garantías parciales, tanto el sistema como la institución financiera que haya concedido el préstamo pueden tener derecho a reclamar contra la empresa incumplidora. En aras de una mayor eficiencia, en el acuerdo contractual se podría estipular si corresponderá a la institución financiera o al sistema de garantías de crédito, o a ambos, la responsabilidad de reclamar a la empresa el pago de la deuda, a fin de recuperar las sumas abonadas. Para maximizar los resultados, puede ser conveniente que el sistema de garantías de crédito confíe esta tarea a la institución financiera, ya que esas instituciones suelen tener más mecanismos para adquirir información sobre las MYPE e incentivos potencialmente más fuertes para cobrar las deudas. Por ejemplo, en algunos Estados³⁹⁷, la institución financiera prestamista está obligada a actuar como mandataria del sistema de garantías de crédito en la etapa de ejecución³⁹⁸.

b) Sistemas privados de garantías de crédito

198. Como se indicó anteriormente (véase el párr. 175), los sistemas de garantías de crédito también pueden ser financiados y gestionados directamente por el sector privado y pueden adoptar la forma de sistemas empresariales de garantías o de sistemas de garantías recíprocas. Los primeros pueden ser sociedades de responsabilidad limitada o sociedades anónimas cotizadas que se rigen por el derecho de sociedades. En algunas jurisdicciones, los sistemas de garantías empresariales son considerados instituciones financieras especializadas y están sometidos a una regulación prudencial similar a la de los bancos³⁹⁹.

199. Los sistemas de garantías recíprocas suelen ser creados por MYPE independientes o por asociaciones que las representan, y tienen por objeto proporcionar garantías únicamente a sus miembros⁴⁰⁰. Suelen adoptar la forma jurídica de cooperativas y se rigen por la legislación nacional en la materia. Cuando los sistemas son creados directamente por MYPE, estas contribuyen a la formación de capital, participan en la adopción de decisiones y asumen la responsabilidad mancomunada de los créditos pendientes. Cuando las asociaciones representativas de las empresas establecen el sistema, son ellas las responsables de su funcionamiento⁴⁰¹. Aunque los sistemas de garantías recíprocas se financian en gran medida con las cuotas de los afiliados, en determinados países reciben alguna forma de ayuda del Estado⁴⁰².

200. Las instituciones financieras pueden considerar rentable conceder préstamos en el marco de sistemas de garantías recíprocas, ya que la evaluación del riesgo y el seguimiento del reembolso de los préstamos pueden ser facilitados por la entidad que supervisa el sistema. Esto puede reducir considerablemente los costos administrativos de la institución financiera. Desde el punto de vista de los posibles prestatarios, solicitar préstamos por conducto de un sistema de garantías recíprocas puede aumentar el acceso de las MYPE viables al crédito, ya que estos sistemas pueden estar en mejores condiciones para evaluar sus solicitudes que los sistemas públicos de garantías de crédito. Además, debido a su capacidad de negociación, los sistemas de garantías

³⁹⁶ Véase <https://blogs.worldbank.org/psd/protection-reallocation-public-credit-guarantee-schemes-post-pandemic-world>.

³⁹⁷ Por ejemplo, en Chile. Véase FMI, serie especial sobre la COVID-19 (nota 367 *supra*), pág. 5.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ GIZ, *SMEs' Credit Guarantee Schemes in Developing and Emerging Economies*, 2014, pág. 22.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, pág. 15.

⁴⁰¹ L. Cusmano, "SME and Entrepreneurship Financing: The Role of Credit Guarantee Schemes and Mutual Guarantee Societies in supporting finance for small and medium-sized enterprises", en *OECD SME and Entrepreneurship Papers*, núm. 1, 2013, pág. 24.

⁴⁰² OCDE, "Credit Guarantee Schemes" (nota 347 *supra*), págs. 8 y 9.

recíprocas pueden obtener tipos de interés más bajos de las instituciones financieras prestamistas que las MYPE por sí solas.

201. Sin embargo, el funcionamiento de los sistemas de garantías recíprocas plantea problemas que pueden afectar a su sostenibilidad a largo plazo. En particular, cabe citar el alto nivel de fragmentación, ya que la mayoría de estos sistemas prestan servicios a una gama limitada de empresas; posibilidades escasas de lograr economías de escala al otorgar garantías, con unos costos operacionales relativamente altos, y una elevada exposición al riesgo debido a su limitada cobertura geográfica y sectorial. En varios países, estos inconvenientes han desencadenado fusiones o consolidaciones de diferentes sistemas de garantías recíprocas para reducir el costo del servicio y ampliar la oferta de mecanismos de garantía. A su vez, esto también ha dado lugar al fortalecimiento de la competencia técnica de las entidades que supervisan los sistemas y de sus estrategias y conocimientos especializados⁴⁰³.

c) Sistemas internacionales de garantías de crédito

202. Es posible que se necesite ayuda internacional para establecer y poner en marcha sistemas de garantías de crédito en los países en que no existen (por falta de recursos o por ser países frágiles y afectados por conflictos) o en que los sistemas similares anteriores no han tenido buenos resultados y deben reorientarse. Así pues, varias organizaciones internacionales o regionales, entre ellas bancos de desarrollo mundiales y regionales (p. ej., el Banco Mundial⁴⁰⁴, el Banco Asiático de Desarrollo⁴⁰⁵ o el Banco Africano de Desarrollo), han puesto en marcha sistemas internacionales de garantías de crédito en asociación con una entidad local, ya sea un organismo público (p. ej., un ministerio), una institución financiera, una asociación privada o una ONG. Entre las organizaciones internacionales, cabe destacar que el PNUD⁴⁰⁶ y el Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Capitalización colaboran en la promoción de sistemas internacionales de garantías, ya sea en cooperación con Gobiernos nacionales o con bancos de desarrollo. También hay sistemas de garantías de crédito financiados con fondos privados que operan en los planos regional o internacional, como los administrados por la Fundación Grameen, que presta asistencia a instituciones locales y regionales de microfinanciación y otras organizaciones similares.

203. Los sistemas internacionales de garantías de crédito suelen establecerse junto con programas de asistencia técnica para facilitar su formulación y aplicación⁴⁰⁷. Pueden tener diferentes objetivos, como apoyar el desarrollo de las MYPE en general⁴⁰⁸ o de grupos concretos de empresarios (p. ej., mujeres, jóvenes o grupos minoritarios) o de las MYPE que trabajan en sectores concretos (p. ej., el digital o el rural)⁴⁰⁹.

⁴⁰³ L. Cusmano, "SME and Entrepreneurship Financing" (nota 401 *supra*), págs. 67 y 68.

⁴⁰⁴ Véase www.worldbank.org/en/topic/sme/finance.

⁴⁰⁵ Véase, por ejemplo, "ADB to Provide Local Currency Lending to Support MSMEs Growth in Kazakhstan".

⁴⁰⁶ Por ejemplo, el PNUD ha ayudado al Ministerio de Turismo, Comercio e Industria y al Banco Comercial Nacional de Timor-Leste a establecer un servicio de garantía de préstamos para las MIPYME que necesitan asistencia financiera.

⁴⁰⁷ A. Green (2003), "Credit Guarantee Schemes for Small Enterprises - An Effective Instrument to Private Sector-led Growth", pág. 19.

⁴⁰⁸ Por ejemplo, el Fondo Africano de Garantía (AGF), creado bajo la dirección del Banco Africano de Desarrollo, tiene como objetivo promover el acceso de las PYME a la financiación. Véase www.iadb.org/en/idb-finance/guarantees.

⁴⁰⁹ Véase, por ejemplo, el programa de USAID y la Corporación Financiera de Desarrollo Internacional en Zambia, en el que se asocian con tres bancos diferentes para conceder préstamos garantizados en distintos sectores y con distintos objetivos, www.usaid.gov/documents/development-finance-corporation.

2. Medidas para facilitar la evaluación de la solvencia de las MIPYME^{410, 411}

204. El elemento decisivo para llegar a formalizar un contrato de préstamo es la decisión del financiador de otorgar crédito o no a quien lo solicita. Para llevar a cabo una gestión prudente, los financiadores deben evaluar debidamente la solvencia del posible prestatario, es decir, el grado de riesgo y la capacidad y voluntad de reembolsar el préstamo. Eso puede plantear dificultades en el caso de las grandes empresas, sobre cuyos resultados comerciales, estados financieros o grado de exposición a riesgos financieros pueden obtenerse detalles fácilmente. Por otra parte, puede resultar difícil y más costoso (en comparación con el valor del préstamo) cuando se trata de MIPYME, en particular MYPE y empresas en formación (a las cuales se refiere principalmente la presente sección), cuyos datos, cuando se dispone de ellos, pueden ser inadecuados o poco fidedignos.

205. Debido a esta asimetría de la información, los financiadores suelen mostrarse más reacios a conceder préstamos a las MYPE que a empresas más grandes. Esto, a su vez, hace que disminuyan las opciones de que disponen las MYPE para acceder al crédito, ya que puede dar lugar a que se les exija utilizar bienes como garantía (que tal vez no tengan) o garantías personales, a que se les ofrezcan servicios o productos inadecuados o a que no se les conceda el préstamo que solicitan. A fin de minimizar la asimetría de la información, el G20 y la OCDE recomiendan implantar infraestructuras de información para la evaluación del riesgo crediticio que permitan determinar exactamente el riesgo que conlleva otorgar financiación a las pequeñas empresas y, en la medida de lo posible, normalizar la información relativa al riesgo crediticio y ponerla a disposición de los participantes en el mercado y las instancias normativas pertinentes, incluso a nivel internacional, con miras a fomentar las actividades transfronterizas de las empresas pequeñas y su participación en las cadenas de valor mundiales^{412, 413}. En algunos países, el marco jurídico y regulador establece mecanismos de intercambio de información compuestos por múltiples fuentes complementarias mediante los cuales los financiadores deben reunir información sobre el posible prestatario antes de conceder un préstamo, lo que garantiza que evalúen debidamente la solvencia de las MYPE y los posibles riesgos de crédito que planteen. Los mecanismos que se presentan en los párrafos siguientes son un ejemplo de cómo se puede reducir la asimetría de la información⁴¹⁴.

a) Suministro de información crediticia

206. Los sistemas de información crediticia, cuando existen, desempeñan un papel fundamental para abordar el problema de la asimetría de la información, ya que facilitan la recopilación y distribución de información financiera sobre los posibles prestatarios, lo que permite a los financiadores conocer mejor las características de las MYPE, su comportamiento anterior, su historial de pago y su nivel de endeudamiento actual. Esto puede reducir el costo que conlleva para ellos actuar con la diligencia debida y puede redundar en tipos de interés más bajos para las MYPE⁴¹⁵. Sin embargo, la información crediticia puede ser menos importante para evaluar la solvencia de esas empresas en el caso de los préstamos relacionales, en que las interacciones entre el financiador y la microempresa o pequeña empresa a lo largo del tiempo permiten al primero reunir la

⁴¹⁰ La secretaría ha modificado el título de la sección para indicar que trata, en general, de medidas para evaluar la solvencia de las MYPE, en atención a la solicitud formulada por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 79).

⁴¹¹ En consonancia con las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 79), la secretaría ha introducido cambios editoriales en la sección para evitar el uso de un enfoque prescriptivo.

⁴¹² “G20/OECD High Level Principles on SME Financing”, 2015, pág. 6.

⁴¹³ La secretaría ha trasladado aquí esta oración, con cambios editoriales, de la sección referente a la transparencia (párr. 229 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) para dar más uniformidad al texto.

⁴¹⁴ La secretaría ha reformulado el comienzo de la sección (párrs. 193 y 194 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) para aclarar más el texto.

⁴¹⁵ Por ejemplo, en Kenya, la creación de un servicio de información crediticia ha contribuido a reducir los tipos de interés, las exigencias en materia de garantías y los índices de impago de los préstamos concedidos por bancos comerciales.

información necesaria para evaluar la solvencia de la segunda. En ese caso, la información crediticia puede desempeñar, más bien, una función complementaria para colmar cualquier laguna que haya quedado.

207. Los proveedores de información crediticia pueden ser entidades públicas o empresas privadas: las segundas por lo general atienden solicitudes de información presentadas por los financiadores, mientras que quienes utilizan los datos reunidos y suministrados por las primeras son, principalmente, las instancias normativas, los organismos reguladores y otras autoridades y entidades públicas. En ambos casos, el servicio funciona de un modo similar y puede plantear dificultades tecnológicas, jurídicas y de procedimiento similares en lo que respecta a la recopilación, el procesamiento y la calidad de los datos y el acceso a la información por parte de los usuarios y del sujeto de los datos (es decir, la persona física o la entidad mercantil a la que estos se refieren)⁴¹⁶.

208. El International Committee on Credit Reporting (ICCR) ha señalado que en muchos países no existen leyes específicas que regulen el suministro de información sobre los antecedentes de crédito de las entidades mercantiles. En determinados casos, pueden llenar ese vacío algunas disposiciones de los regímenes jurídicos sobre la información crediticia de los consumidores. Sin embargo, no todas esas disposiciones pueden ser aplicables a los informes sobre los antecedentes de crédito de las entidades mercantiles, ya que los requisitos pueden ser diferentes. Por ejemplo, la información necesaria para evaluar el riesgo de una operación comercial suele incluir muchos más datos sobre los antecedentes en materia de pagos y rendimiento financiero que los que se exigen respecto de un consumidor particular⁴¹⁷. Además, la protección de la privacidad del sujeto de los datos puede ser menos pertinente cuando la información se refiere al historial crediticio de una entidad mercantil, y las disposiciones pertinentes pueden no ser aplicables a las MYPE⁴¹⁸.

209. Sin embargo, hay determinados aspectos legales y regulatorios que conciernen al funcionamiento general de un sistema de información crediticia o que facilitan la reunión y el intercambio de información, que también son importantes para la información crediticia de las MYPE⁴¹⁹. Al respecto, en la presente sección se examinarán brevemente tres aspectos: i) las obligaciones de las MYPE de presentar información, ii) el acceso a los servicios de información crediticia y iii) la calidad de los datos. Como consideración preliminar, cabe señalar que la eficacia de un sistema de información crediticia para las MYPE radica en reconocer que las mujeres empresarias a menudo se enfrentan a más obstáculos que los hombres para adquirir un historial crediticio, ya que pueden carecer de los documentos de identificación exigidos por los proveedores de información crediticia o de una cuenta en una institución financiera formal, o pueden no ser titulares de una tarjeta de crédito, lo que tal vez impida que los proveedores de información crediticia las tengan en cuenta. Por lo tanto, sería importante que el marco jurídico y regulador contuviera disposiciones que trataran esas cuestiones y permitieran a las mujeres adquirir historial crediticio⁴²⁰.

i) *Obligaciones de presentar información*

210. No parece haber uniformidad de criterios entre las jurisdicciones en lo que respecta a los requisitos que se exigen a las MYPE en materia de presentación de información financiera ante los organismos públicos y otras entidades. En muchos países no existe obligación alguna en ese sentido, y en otros la información exigida suele no ser suficiente para evaluar cabalmente la solvencia de una empresa. Si bien esto puede contribuir a la constitución de microempresas y pequeñas empresas y a su crecimiento inicial, puesto que reduce parte de su carga administrativa, no les facilita el suministro de información crediticia y, por consiguiente, tampoco el acceso al crédito. Además, la

⁴¹⁶ Banco Mundial, *General Principles for Credit Reporting*, 2011, pág. 7.

⁴¹⁷ *Ibid.*, pág. 13.

⁴¹⁸ Banco Mundial, ICCR, *Facilitating SME Financing* (nota 35 *supra*), pág. 20.

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ Véase N. Almodóvar-Reteguis, K. Kushnir y T. Meiland, en *La Mujer, la Empresa y el Derecho*, "Mapping the Legal Gender Gap in Using Property and Building Credit", pág. 6.

ausencia de obligaciones en esa esfera puede impedir que las empresas pequeñas apliquen buenas prácticas de presentación de información financiera, si bien hacerlo redundaría en su interés, ya que daría prueba de su responsabilidad y de la transparencia de sus operaciones y las ayudaría a atraer inversiones a medida que avanzaran. Además, cuando las MYPE no están obligadas a presentar información financiera, sus acreedores pueden no estar dispuestos a dar a conocer detalles sobre el grado de cumplimiento crediticio de dichas empresas, ya que esa información puede incluir datos financieros básicos que tal vez se consideren confidenciales⁴²¹. En reconocimiento de que la información que se pone a disposición del público (p. ej., sobre el capital de explotación o las necesidades de capital) puede ayudar a fortalecer la reputación de esas empresas en el mercado, tanto en la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las empresas de responsabilidad limitada* como en la *Guía de la CNUDMI sobre un registro de empresas* (véanse los párrs. 166 y 170) se aconseja a los Estados que alienten a las empresas pequeñas a presentar información financiera a título voluntario a las autoridades competentes⁴²².

211. El hecho de establecer un marco jurídico interno que contenga requisitos de transparencia y especifique la clase de información y datos comerciales que deben considerarse de carácter confidencial y que las empresas no están obligadas a comunicar alentaría a las MYPE a presentar información financiera y les facilitaría en gran medida esa tarea. En realidad, lo que preocupa a algunas MYPE es que la divulgación de datos financieros y otros datos relacionados con la empresa pueda menoscabar su capacidad de competir en el mercado, ya que permitiría a sus competidores acceder a información confidencial. Para garantizar que se consideren por igual las necesidades de los acreedores, también sería importante que en el marco jurídico hubiera un equilibrio entre el derecho de las MYPE a proteger sus conocimientos especializados y el derecho de los acreedores a recopilar, analizar y distribuir datos relacionados con el historial crediticio de esas empresas⁴²³.

ii) *Acceso a servicios de información crediticia*

212. Los proveedores de información crediticia públicos y privados atienden a diferentes beneficiarios. Por lo tanto, el acceso a sus servicios puede regirse por normas diferentes. Sin embargo, como ha señalado el Banco Mundial, el marco jurídico y regulador que respalda la información crediticia debería disponer que el acceso a los datos se rigiera por normas imparciales, de modo que todos los usuarios de los servicios privados o públicos tuviesen acceso a la información en las mismas condiciones establecidas para ese tipo de servicio (p. ej., en cuanto a las tarifas de acceso o la posibilidad de acceder a la misma información)⁴²⁴. Puede haber excepciones a este principio de no discriminación, basadas en la finalidad del proveedor de información crediticia. Por ejemplo, algunos proveedores públicos, creados principalmente para respaldar la supervisión bancaria y aumentar la disponibilidad y la calidad de los datos de crédito para los intermediarios supervisados, pueden prestar servicios únicamente a las instituciones financieras reguladas⁴²⁵.

iii) *Calidad de los datos*

213. La piedra angular de un sistema eficaz de información crediticia es disponer de datos de buena calidad. Eso significa que se recopilan de manera sistemática datos pertinentes, exactos, oportunos y suficientes, tanto negativos como positivos, procedentes de fuentes fiables, apropiadas y disponibles, y se conservan durante un

⁴²¹ Banco Mundial, ICCR, *Facilitating SME Financing* (nota 35 *supra*), pág. 20.

⁴²² Véanse la *Guía de la CNUDMI sobre un registro de empresas* (2018), párr. 155, y la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las empresas de responsabilidad limitada* (2021), párr. 142. En consonancia con las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 80), la secretaría ha hecho hincapié en la importancia de promover la presentación de información financiera a título voluntario por las empresas pequeñas, lo que está en consonancia con los textos legislativos preparados anteriormente por el Grupo de Trabajo.

⁴²³ Banco Mundial, ICCR, *Facilitating SME Financing* (nota 35 *supra*), pág. 21.

⁴²⁴ Banco Mundial, *General Principles* (nota 416 *supra*), pág. 42.

⁴²⁵ *Ibid.*, pág. 35.

período suficiente⁴²⁶. La inexactitud de los datos puede dar lugar a que se deniegue un préstamo de forma injustificada, a que los préstamos tengan costos más altos y a que se produzcan otras consecuencias no deseadas para las MYPE, los proveedores de datos (p. ej., bancos, instituciones financieras o empresas comerciales) y los proveedores de información crediticia. La exactitud de los datos depende de la forma en que se recopilen, generalmente a través de préstamos y contratos (véase el párr. 216), y de la manera en que los proveedores de información crediticia procesen los datos brutos recibidos para convertirlos en los productos finales a los que accederán los financiadores⁴²⁷.

214. Pueden obtenerse datos de alta calidad si en el marco jurídico y regulador se precisan los fines para los que se podrán recopilar, las circunstancias en las que se podrán utilizar, la calidad y la exactitud exigidas y la necesidad de que estén actualizados⁴²⁸, y si se aplican restricciones relacionadas con posibles motivos de discriminación (p. ej., la raza, el género o el idioma) o límites en cuanto al tiempo durante el cual podrán conservarse⁴²⁹. Para que el sistema de información crediticia sea efectivo, esos requisitos deberían ser aplicables tanto a los proveedores de datos como a los de información crediticia.

215. La exactitud y la fiabilidad de la información proporcionada por las MYPE al interactuar con los proveedores de datos contribuye a mejorar la calidad. Por lo tanto, el marco jurídico y regulador podría permitir a las MYPE acceder a sus propios datos para corregirlos o actualizarlos, o para impugnar su exactitud e integridad y hacer que se investiguen las quejas y, en su caso, se corrijan los errores⁴³⁰.

b) Los registros de los organismos públicos como fuente complementaria de información pertinente⁴³¹

216. Las fuentes de datos más comunes sobre la solvencia de las MYPE son los bancos y otras instituciones financieras no bancarias⁴³², que son los acreedores más habituales de las empresas pequeñas. Si bien esas entidades normalmente están obligadas por ley o por reglamento a proporcionar información a los proveedores públicos de información crediticia, aparentemente no existen leyes que obliguen a revelar datos a proveedores privados⁴³³ ni a financiadores no tradicionales (p. ej., “padrinos empresariales”) que pudieran tener interés en conceder préstamos a las MYPE. Otras posibles fuentes de datos e información pueden ser entidades mercantiles como las empresas de factoraje y de arrendamiento financiero e instituciones financieras no bancarias, así como también los acreedores comerciales. Sin embargo, al parecer ninguna de esas entidades proporciona tantos datos como se espera⁴³⁴.

217. Para compensar la escasez de información procedente de todas esas fuentes o la insuficiencia de esta, algunos organismos del sector público, entre ellos organismos fiscales y de seguridad social, o el registro de empresas, también pueden constituir otra valiosa fuente de información, ya que, por ejemplo, pueden proporcionar datos oficiales de identificación de las MYPE, datos que contribuyan a determinar el comportamiento

⁴²⁶ Véase el principio general 1 en Banco Mundial, *General Principles* (nota 416 *supra*), pág. 25.

⁴²⁷ *Ibid.*, pág. 26.

⁴²⁸ OCDE, “Discussion Paper on Credit Information Sharing”, pág. 12.

⁴²⁹ Banco Mundial, *General Principles* (nota 416 *supra*), pág. 37.

⁴³⁰ OCDE, “Discussion Paper on Credit Information Sharing” (nota 428 *supra*), pág. 12.

⁴³¹ La secretaría ha modificado el título de esta subsección para que concuerde más con el tema tratado en la sección.

⁴³² La secretaría ha reemplazado el término “reguladas” por “no bancarias” en atención a la solicitud formulada por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9.1090, para. 81).

⁴³³ En la práctica, algunos bancos pueden proporcionar información a título voluntario a los proveedores privados de información crediticia; otros pueden hacerlo solo de manera limitada (por ejemplo, no permitiendo que los proveedores privados revelen el nombre del banco o los detalles del préstamo), y otros pueden negarse a compartir información debido a las obligaciones de secreto bancario. Véase Banco Mundial, ICCR, *Facilitating SME Financing* (nota 35 *supra*), pág. 18.

⁴³⁴ Por ejemplo, se estima que en los Estados Unidos menos del 50 % de las empresas que son proveedoras de otras empresas dan a conocer información sobre el historial crediticio comercial a empresas dedicadas a facilitar información sobre los antecedentes de crédito de entidades mercantiles. *Ibid.*

de esas empresas (p. ej., información sobre quiebras) e información financiera⁴³⁵. En los países que han establecido registros de garantías mobiliarias, estos también cumplen una función importante, ya que proporcionan información sobre la posible existencia de una garantía mobiliaria sobre bienes que las MIPYME tal vez deseen utilizar para garantizar un préstamo.

218. Sin embargo, puede ser difícil acceder a la información que obre en poder de esos organismos públicos debido a problemas jurídicos y prácticos. En primer lugar, es posible que no todos los Estados tengan leyes o reglamentos que faciliten el acceso a esa información. Además, en algunos casos, ciertos datos que están en poder del organismo público, o todos ellos, pueden considerarse confidenciales y el acceso podría estar restringido⁴³⁶. Por otra parte, quizás las leyes o reglamentos vigentes no aclaren si una persona física o jurídica que no sea el sujeto de los datos puede acceder a esa información y utilizarla con fines comerciales. Por último, es posible que las leyes o reglamentos no exijan que los organismos públicos comuniquen los datos que obren en su poder. Por lo tanto, para aumentar las fuentes de información de que disponen los financiadores, es importante que el marco jurídico interno permita y facilite el uso de la información que posean las autoridades públicas.

219. La recopilación de datos de los organismos públicos puede verse afectada no solo por las deficiencias del marco jurídico, sino también por impedimentos prácticos. Por ejemplo, con frecuencia esos organismos carecen de recursos humanos y financieros suficientes para mantener lo más actualizada posible la información almacenada en sus registros, lo que determina que los datos sean obsoletos y de muy poca utilidad a efectos de proporcionar información crediticia⁴³⁷. Dado que en muchos Estados puede no ser factible financiar adecuadamente a todos los organismos públicos que recopilan datos pertinentes para evaluar la solvencia de las MYPE, los recursos podrían priorizarse a fin de ayudar primero a aquellos organismos cuyos registros sean decisivos para llevar a cabo esa evaluación, por ejemplo, las autoridades fiscales.

c) Datos alternativos

220. Cuando las MYPE o sus clientes utilizan servicios basados en la nube o usan sus teléfonos móviles o inteligentes, participan en los medios sociales, venden o compran en plataformas de comercio electrónico, envían paquetes⁴³⁸, hacen pagos electrónicos, realizan una operación en línea con su banco o gestionan sus créditos por cobrar, sus cuentas por pagar y su contabilidad en línea, crean huellas digitales⁴³⁹. En los últimos años, esas huellas, llamadas “datos alternativos”⁴⁴⁰, han adquirido más relevancia en lo que respecta a la información crediticia⁴⁴¹. Esta tendencia a la proliferación de los datos

⁴³⁵ *Ibid.*, pág. 19.

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ *Ibid.*, pág. 21.

⁴³⁸ Por ejemplo, una empresa del sector tecnofinanciero con sede en los Estados Unidos utiliza, entre otras fuentes de información, los registros de transporte marítimo de transitarios internacionales para evaluar el riesgo crediticio y la solvencia de las empresas que solicitan crédito. Véase GPFI, *Alternative Data Transforming SME Finance*, 2017, pág. 12.

⁴³⁹ OCDE, “Discussion Paper on Credit Information Sharing” (nota 428 *supra*), pág. 12.

⁴⁴⁰ La GPFI define los “datos alternativos” como los datos generados mediante el uso creciente de herramientas digitales y sistemas de información. Véase GPFI, “Use of Alternative Data to Enhance Credit Reporting to Enable Access to Digital Financial Services by Individuals and SMEs operating in the Informal Economy”, nota de orientación preparada por el International Committee on Credit Reporting, 2018, pág. 14. La GPFI es un foro de países miembros del G20, países interesados que no pertenecen a ese grupo y otras partes interesadas que tiene por objeto llevar adelante una labor de inclusión financiera que abarque, entre otras cosas, la ejecución del Plan de Acción del G20 para la Inclusión Financiera, aprobado en la Cumbre del G20 celebrada en Seúl el 10 de diciembre de 2010. Para obtener más información, véase www.gpfi.org.

⁴⁴¹ Por ejemplo, una plataforma de préstamos digitales para pequeñas empresas utiliza datos alternativos como el volumen de negocios, el número de paquetes de UPS que envía y recibe una empresa a lo largo del tiempo o la actividad en los medios sociales para evaluar el riesgo crediticio de las MIPYME. Véase <https://yabx.co/2020/08/04/use-of-alternative-data-to-revolutionize-digital-sme-lending/>. Otro ejemplo: en Chile, una importante agencia de calificación crediticia se ha asociado con una empresa emergente para utilizar los datos de los teléfonos celulares con el fin de proporcionar un puntaje predictor de inclusión, dirigido a las personas que carecen de historial crediticio. Véase Banco Mundial, *Credit Reporting Knowledge Guide 2019*, pág. 110.

alternativos puede facilitar el acceso al crédito, especialmente de las pequeñas empresas que operan en el sector informal de la economía y que tienen muy pocos antecedentes de crédito o ninguno⁴⁴². Los datos alternativos también pueden resultar beneficiosos para los financiadores⁴⁴³, ya que permiten realizar una evaluación más exhaustiva de la solvencia de las empresas, que no solo esté vinculada a información convencional como los datos financieros, sino también a datos creados fuera del sistema financiero, y que pueda dar lugar, por lo tanto, a una mejor calificación crediticia⁴⁴⁴ de la empresa. Además, como los datos proceden de fuentes digitales, es más fácil hacer un seguimiento de las condiciones en que se encuentra la empresa, descubrir fraudes y adoptar las medidas pertinentes de mitigación de los riesgos. Esto también puede fomentar comportamientos financieros positivos en las MYPE⁴⁴⁵. Además, dado que los datos alternativos suelen ser generados por terceros proveedores, pueden ser más fiables que la información sobre el valor de los activos y los estados financieros proporcionados por la empresa, lo que también contribuye a reducir el riesgo crediticio de los financiadores⁴⁴⁶.

221. No obstante, el hecho de que muchos países carezcan de un marco jurídico y regulador sólido puede constituir un obstáculo para utilizar los datos alternativos de manera efectiva, lo que puede redundar, por ejemplo, en la inexactitud de los datos y en problemas vinculados a la privacidad y a la protección de los datos personales⁴⁴⁷ y el derecho de propiedad intelectual. Por ejemplo, los datos de los medios sociales a menudo se reúnen sin el consentimiento de las MYPE, lo que puede dar lugar a que se utilicen de manera ilícita, ya que normalmente no se supone que se vayan a utilizar para recabar información crediticia. Además, si no se vigila cuidadosamente el modo en que se reúnen los datos alternativos, estos pueden desembocar en prácticas discriminatorias de calificación crediticia basadas en la raza, el color de la piel, el sexo, el estado civil u otros atributos similares del propietario de la empresa⁴⁴⁸. En los foros de expertos internacionales⁴⁴⁹ se sugiere que, para respaldar el uso efectivo y transparente de los datos alternativos, los países reformen sus leyes a fin de aclarar la manera de reunir esos datos y procesarlos de un modo que preserve su exactitud e integridad (en consonancia con las normas internacionales de privacidad y protección de los datos), garantice el cumplimiento de las leyes o reglamentos en materia crediticia y evite toda posible discriminación⁴⁵⁰.

222. Habida cuenta de que los datos alternativos circulan a través de las fronteras, también es fácil que se planteen dificultades en lo relativo a las normas aplicables en los diferentes países. Puede haber diferencias en cuanto a los datos específicos que se pueden recopilar a efectos de conceder préstamos y que pueden compartirse a través de las fronteras, o dificultades para identificar a las MYPE en los distintos países, debido a que los sistemas de identificación son incompatibles entre sí o no se ajustan a un modelo común. Por ejemplo, en los foros de expertos internacionales se recomienda que los Estados colaboren con los organismos internacionales competentes a efectos de armonizar los distintos aspectos de sus regímenes jurídicos aplicables a la circulación transfronteriza de datos⁴⁵¹, incluso adoptando un identificador único mundial para las MYPE (y las empresas medianas), lo que facilitaría considerablemente el intercambio

⁴⁴² GPFI, “Use of Alternative Data” (nota 440 *supra*), pág. 5.

⁴⁴³ Véase, por ejemplo, www.datappeal.io/5-benefits-of-alternative-data-for-banks-and-financial-institutions-from-enriched-credit-scoring-to-lead-qualification/.

⁴⁴⁴ La calificación crediticia se obtiene mediante un análisis estadístico que determina la solvencia de los prestatarios, ya sean particulares o pequeñas empresas. Los resultados determinan la decisión de los financiadores de conceder o denegar el préstamo.

⁴⁴⁵ GPFI, “Use of Alternative Data” (nota 440 *supra*), pág. 5.

⁴⁴⁶ Véase Autoridad Monetaria de Hong Kong, “Alternative Credit Scoring of Micro-, Small and Medium-sized Enterprises”, pág. 29.

⁴⁴⁷ Véase, por ejemplo, el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (ETS núm. 108), 1985, que figura en <https://rm.coe.int/16806c1abd>.

⁴⁴⁸ GPFI, “Use of Alternative Data” (nota 440 *supra*), pág. 6.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ La secretaría ha modificado este párrafo (párr. 206 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) para más claridad.

⁴⁵¹ GPFI, “Use of Alternative Data” (nota 440 *supra*), pág. 26.

transfronterizo de datos⁴⁵². En la medida en que la recopilación de datos alternativos entraña la identificación de las MYPE y la circulación de datos entre los proveedores de información crediticia y los financiadores, puede ser pertinente la labor de la CNUDMI en relación con las cuestiones jurídicas vinculadas a la economía digital, en especial en materia de gestión de la identidad y servicios de confianza y de operaciones de datos. La labor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) sobre el papel y el valor de los datos digitales en el comercio electrónico, así como sus esfuerzos por promover un sistema de gobernanza de datos a nivel mundial, también pueden coadyuvar a mejorar el acceso de las MYPE al crédito^{453, 454}.

Nota para el Grupo de Trabajo: La secretaría seguirá desarrollando el tema de las medidas para evaluar la solvencia de las MIPYME (lo que abarca la posible reorganización de esta sección) en la próxima versión del proyecto de guía.

3. Apoyo a la reestructuración de MIPYME con problemas financieros

223. Las MIPYME que se enfrentan a dificultades financieras suelen carecer de los recursos necesarios para asumir los costos elevados de una reestructuración (incluido el del asesoramiento profesional), aunque el uso de tecnología (p. ej., la inteligencia artificial y los macrodatos) podría reducir esos costos⁴⁵⁵. Así pues, muchas empresas pequeñas viables se ven obligadas a declararse insolventes porque no disponen de opciones de reestructuración adecuadas cuando empiezan a tener dificultades financieras. Si se adopta un marco eficiente en materia de reestructuración, es más probable que los financiadores concedan crédito a las MIPYME, ya que ese marco permitiría reducir el número de liquidaciones innecesarias de MIPYME viables y, de esa forma, optimizaría su valor para los acreedores, los propietarios y la economía en su conjunto. Además, un marco eficiente en ese ámbito también puede contribuir a la gestión eficiente de los préstamos en mora y evitar que estos se acumulen en los balances de los bancos. La gran proporción de préstamos improductivos que tienen algunas partes del sector bancario limita la capacidad de los bancos de ofrecer préstamos a las MIPYME.

Mecanismos de que se dispone en virtud del régimen de la insolvencia

224. Además de la creación de un sistema general eficiente de apoyo a las MIPYME, el tema del apoyo a la reestructuración parece especialmente pertinente en el contexto de los nuevos mecanismos de financiación, reestructuración oficiosa y rescate temprano que se tratan en la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre un régimen de insolvencia para microempresas y pequeñas empresas* (la “*Guía legislativa*”)⁴⁵⁶. En la *Guía legislativa* se recomienda que la ley facilite y proporcione incentivos para que las empresas que se encuentran en dificultades financieras obtengan financiación antes de la apertura del procedimiento de insolvencia a fin de rescatar la empresa y evitar que caiga en la insolvencia. Uno de esos incentivos debería ser que se ofreciera la protección adecuada a los proveedores de esa financiación (en particular, disponiendo que

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ Véanse, por ejemplo, la labor del Grupo Intergubernamental de Expertos de la UNCTAD en Comercio Electrónico y Economía Digital (<https://unctad.org/meetings-search?f%5B0%5D=product%3A335>) o la serie de informes de la UNCTAD sobre la economía digital (<https://unctad.org/webflyer/digital-economy-report-2021>). La secretaría añadió esta remisión a la labor de la UNCTAD en atención a la sugerencia formulada por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 82).

⁴⁵⁴ La secretaría ha añadido una remisión a la labor del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) de la CNUDMI y a la labor de la UNCTAD en atención a la solicitud formulada por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 82).

⁴⁵⁵ Según algunos estudios, el costo que acarrear las dificultades financieras representa del 10 % al 20 % del valor de mercado de una empresa pequeña. Véase A. Gurra-Martínez, “Implementing an Insolvency Framework for Micro and Small Firms”, 2020, nota 49.

⁴⁵⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones*, suplemento núm. 17 (A/76/17), anexo II.

recibieran el pago por lo menos antes que los acreedores ordinarios no garantizados) y a las partes cuyos derechos pudieran haberse visto afectados por la financiación⁴⁵⁷.

225. En la *Guía legislativa* también se reconoce la importancia de las negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda. Se alienta a los Estados a establecer medidas adecuadas para incentivar la participación de los acreedores en esas negociaciones (p. ej., ofrecer incentivos fiscales o excluir la posibilidad de anular las operaciones que se realicen como consecuencia de ellas)⁴⁵⁸. También se las alienta a que determinen y eliminen las medidas que puedan disuadir a los interesados de recurrir a las negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda (p. ej., la obligación de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia oficial en un plazo determinado a partir del momento en que ocurran determinados hechos o las disposiciones de la ley de insolvencia relativas a la anulación de las operaciones realizadas durante un determinado período anterior a la presentación de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia)⁴⁵⁹. Además, se recomienda prestar apoyo institucional para fomentar esas negociaciones (p. ej., la intervención de un órgano público o privado competente a fin de facilitarlas)⁴⁶⁰.

226. Por otra parte, en la *Guía legislativa* se ha previsto el establecimiento de mecanismos para proporcionar a las MYPE señales de alerta temprana sobre dificultades financieras, aumentar los conocimientos de los administradores y propietarios de esas empresas en materia de gestión financiera y comercial y promover su acceso a asesoramiento profesional⁴⁶¹. Se destacan tres mecanismos que pueden ser de especial ayuda para rescatar a esas empresas en una fase temprana. En primer lugar, el Estado o las entidades privadas pueden establecer mecanismos de alerta temprana que permitan detectar circunstancias capaces de desencadenar la insolvencia e indicar a la empresa la necesidad de actuar sin demora. En segundo lugar, se deberían ofrecer a las MYPE herramientas educativas para mejorar sus aptitudes y conocimientos en materia de gestión financiera y comercial (véase también el párr. 261). Por último, debería promoverse su acceso a asesoramiento profesional sobre opciones de reestructuración de la deuda o asuntos relacionados con la apertura de procedimientos de insolvencia, servicio que pueden prestar organizaciones públicas o privadas⁴⁶².

4. Procedimientos y mecanismos para solucionar controversias sobre el acceso al crédito

227. Para determinar la decisión de las MIPYME⁴⁶³ de pedir préstamos y de los proveedores de servicios financieros, incluidos los proveedores de información crediticia, de prestar sus servicios a las pequeñas empresas es clave que exista un sistema eficaz de solución de controversias. Pueden surgir controversias sobre comisiones o intereses excesivos, uso de productos concretos (p. ej., tarjetas de crédito, hipotecas, etc.), rechazo de solicitudes de préstamo o mal asesoramiento financiero⁴⁶⁴. En la relación entre las pequeñas empresas y los proveedores de información crediticia (o los proveedores de datos) las quejas pueden ir desde solicitar la rectificación de errores o decisiones adversas basadas en datos inexactos hasta suprimir determinados datos o reclamar una indemnización por los daños sufridos.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, recomendación 107.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, recomendación 105 y comentarios conexos que figuran en el documento [A/CN.9/WG.V/WP.174](#), párrs. 408 a 410.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, recomendación 104 y comentarios conexos que figuran en el documento [A/CN.9/WG.V/WP.174](#), párr. 406.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, recomendación 106 y comentarios conexos que figuran en el documento [A/CN.9/WG.V/WP.174](#), párrs. 411 a 414.

⁴⁶¹ *Ibid.*, recomendación 103.

⁴⁶² *Ibid.*, recomendación 103 y comentarios conexos que figuran en el documento [A/CN.9/WG.V/WP.174](#), párrs. 399 a 403.

⁴⁶³ Las medianas empresas y las MYPE a menudo tienen los mismos problemas en relación con las controversias con los financiadores. Por ello, la presente sección se refiere básicamente a ambos grupos (utilizando el acrónimo MIPYME), al tiempo que destaca determinados mecanismos de reparación a los que pueden acceder fundamentalmente las MYPE.

⁴⁶⁴ CGAP, *Financial Access*, 2010, pág. 32.

228. En muchos países, la resolución de una controversia financiera por la vía judicial puede no ser una opción viable para la mayoría de las MIPYME, en particular las MYPE, ya que optar por esa vía puede ser demasiado complejo y suele ser más caro que el valor del préstamo, y con frecuencia las MIPYME no disponen de los medios financieros necesarios para costear trámites prolongados ni de las habilidades que se requieren para hacer frente a las dificultades que plantean (las medianas empresas maduras pueden contar con las habilidades y los recursos financieros necesarios). La existencia de mecanismos de reparación al margen del sistema judicial, que pueden resolver esas controversias de forma eficaz y a bajo coste, puede así animar a las MIPYME a obtener un préstamo de una institución de servicios financieros. Contar con unos mecanismos de reparación eficientes también sería beneficioso para los proveedores de servicios financieros. Por lo general, las instituciones financieras están más dispuestas a conceder préstamos a las MIPYME *ex ante* cuando se establecen mecanismos de reparación adecuados que les permiten controlar el riesgo del prestatario y recuperar el préstamo en caso de impago, con lo que se proporciona una mejor protección al acreedor. La decisión de las instituciones financieras de conceder préstamos se ve afectada a menudo por varios aspectos del sistema judicial, entre ellos los siguientes: i) el número de etapas procesales necesarias para hacer cumplir un contrato y ii) el tiempo y los costos para solucionar una controversia en los tribunales. Un procedimiento judicial engorroso exige esfuerzos y recursos adicionales para recuperar el crédito y puede incluso suponer una pérdida financiera para la institución financiera en caso de impago de la MIPYME, dado el bajo importe de los créditos que se suelen conceder a las MIPYME. La duración del proceso de solución de controversias influye a menudo en el costo de los préstamos para las instituciones financieras y en su disposición a concederlos, ya que una solución ágil permite recuperar el préstamo con mayor rapidez. Por último, los elevados costos de los procedimientos judiciales y los honorarios de los abogados hacen que los proveedores de servicios financieros sean más reacios a conceder pequeños préstamos a las MIPYME. Por ello, como ha señalado el CGAP, la disponibilidad de mecanismos de reparación en las controversias financieras no es solo una cuestión de equidad para corregir el desequilibrio de poder entre las MIPYME y los proveedores de servicios financieros, sino que es beneficiosa para el sector crediticio en general, ya que aumenta su sostenibilidad⁴⁶⁵.

a. Criterios para la eficacia de los procedimientos y mecanismos de solución de controversias

229. Para solucionar las controversias entre las MIPYME y los proveedores de servicios financieros de forma eficaz, muchos Estados aplican un sistema de solución de controversias de doble vía, como en otros tipos de controversias entre proveedores de servicios y clientes. El sistema se basa en procedimientos internos de tramitación de reclamaciones aplicados por los propios proveedores financieros y en mecanismos de reparación externos que se ocupan de las reclamaciones que no se resuelven mediante los procedimientos internos. Las mejores prácticas recomiendan que ambos tipos de mecanismos sean accesibles a un costo razonable, independientes, equitativos, responsables, oportunos y eficientes y que no generen a las MIPYME cargas irrazonables^{466, 467}. Cabe señalar que, si bien los mecanismos internos de tramitación de reclamaciones también están a disposición de las medianas empresas, es posible que estas no tengan a su disposición determinados mecanismos de reparación externos, reservados únicamente a las MYPE (véase el párr. 234).

a) **Procedimientos internos de tramitación de reclamaciones**

230. Los procedimientos internos de tramitación de reclamaciones suelen tener que ajustarse a unas normas mínimas, como las que exigen que se facilite información clara sobre los motivos por los que las pequeñas empresas pueden presentar una reclamación y los canales que deben utilizar para ello. Por tanto, deberían implantarse canales (y

⁴⁶⁵ *Ibid.*, pág. 31.

⁴⁶⁶ OCDE, “G20 High Level Principles on Financial Consumer Protection” (2011), pág. 7.

⁴⁶⁷ La secretaría ha suprimido la penúltima oración de este párrafo (párr. 215 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) en aras de un mayor coherencia del texto.

horarios de atención) adecuados para presentar las reclamaciones que respondieran además a las necesidades de las MIPYME que se encontraran lejos. Debería haber canales especialmente adaptados para determinados grupos de empresarios, como los analfabetos o los empresarios que solo hablen dialectos locales⁴⁶⁸. Los proveedores de servicios financieros deberían acusar recibo de las reclamaciones en un soporte duradero, por ejemplo por escrito o en otro formato que la MIPYME pudiera almacenar. Los proveedores de servicios financieros también deberían comunicar a la MIPYME el plazo máximo en el que emitirán una respuesta definitiva, que no debería ser superior al plazo máximo aplicable a un mecanismo de reparación externo (p. ej., un defensor de la clientela financiera, un mediador, etc.). Si existieran mecanismos de reparación externos, debería informarse a las pequeñas empresas, a lo largo de la tramitación de la reclamación, de la posibilidad de obtener una reparación por medio de esos sistemas⁴⁶⁹.

b) Mecanismos de reparación externos

231. Si los empresarios no quedan satisfechos con la decisión que emane del sistema interno de reclamaciones, deberían tener la oportunidad de recurrir a mecanismos de reparación externos, como los servicios del defensor de la clientela financiera y la mediación y el arbitraje comerciales. Estos mecanismos no se excluyen entre sí por cuanto tienen distintos alcances y en algunos países puede haber más de un mecanismo que atienda las reclamaciones de los clientes⁴⁷⁰. Por ejemplo, el defensor de la clientela financiera no solo investiga y dirime controversias entre financiadores y MIPYME, sino que también brinda apoyo a las empresas para evitar controversias por medio de iniciativas que van desde el mantenimiento de una comunicación periódica hasta la creación de grupos asesores o la convocatoria de reuniones especiales. Sin embargo, a menudo las decisiones del defensor no son vinculantes para las partes y tampoco puede dar una solución rápida a las reclamaciones más complejas. Puede que también tengan que respetarse unos plazos que mermen las posibilidades de que una pequeña empresa presente una reclamación al defensor.

232. En los casos en que el financiero y la MIPYME desean minimizar el conflicto, la mediación puede ser un mecanismo más apropiado para ayudarlos a mantener su relación. La mediación es informal, flexible y más ágil que el procedimiento judicial y ofrece a las partes la oportunidad de entender el punto de vista del otro y de articular soluciones adaptadas. Sin embargo, las partes pueden poner fin al proceso de mediación en cualquier momento, lo que pone en peligro la posibilidad de llegar a una solución amistosa. Además, al igual que el defensor de la clientela financiera, el mediador no tiene facultades para imponer a las partes una solución vinculante. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (Nueva York, 2018) (la “Convención de Singapur sobre la Mediación”) ofrecen normas internacionalmente armonizadas, aplicables igualmente en el contexto de las controversias entre financiadores y MIPYME, que ayudan a los Estados a reformar y modernizar su legislación en materia de mediación. En varios países existen servicios de mediación específicos para el sector bancario, que pueden ofrecer servicios específicos a pequeñas empresas o estar abiertos a las empresas de todos los tamaños, incluidas las MIPYME, y condiciones jurídicas⁴⁷¹. La mediación en el sector bancario puede resultar particularmente adecuada para las pequeñas empresas, puesto que no solo

⁴⁶⁸ Banco Mundial, *Good Practices for Financial Consumer Protection*, 2017, págs. 49 y 50. La publicación *Good Practices* es una recopilación de buenas prácticas de protección del consumidor de servicios financieros extraídas de iniciativas legislativas, de políticas y regulatorias de todo el mundo que han tenido éxito, y en ella se reúnen, complementan y amplían principios y orientaciones internacionales en la materia, como los principios de alto nivel del G20 sobre la protección del consumidor de servicios financieros. Las buenas prácticas recogidas en esta publicación también pueden aplicarse a las MYPE, ya que estas suelen enfrentar los mismos desafíos que los consumidores particulares y necesitan la misma protección básica.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ CGAP, *Financial Access* (nota 464 *supra*), pág. 31.

⁴⁷¹ Por ejemplo, en Francia, donde opera un servicio de mediación en el sector bancario bajo la supervisión del Banco Nacional. Véase <https://mediateur-credit.banque-france.fr/>.

fomenta la solución amistosa de las controversias con los financiadores, sino que también facilita el intercambio de información financiera y dota a las MIPYME de mayor capacidad para proporcionar la información necesaria en una operación financiera⁴⁷². Como se ha señalado, los beneficios de la mediación en el sector bancario a menudo trascienden el caso de préstamo concreto en que ha prestado asistencia^{473, 474}.

233. Si la controversia no puede resolverse de manera amistosa y exige una resolución más formal, el arbitraje puede ser una opción preferible a la vía judicial, en particular en controversias por préstamos de escasa cuantía. En algunos países, se incluyen en el contrato de préstamo cláusulas que obligan a someter a arbitraje las controversias que surjan entre financiadores y MIPYME, si bien esto puede limitar las opciones de reparación de las MIPYME⁴⁷⁵. Aunque el arbitraje es menos formal que un procedimiento judicial (y, por ende, menos intimidatorio para una pequeña empresa), sigue normas procesales más simples que se pueden adaptar a las necesidades de las partes y es flexible en cuanto al calendario y la ubicación de las audiencias, se trata en cualquier caso de un procedimiento contencioso que obliga a contar con abogados y, en ocasiones, con otros expertos. Por ello, puede resultar una opción cara y no viable para una MIPYME, en particular dada la escasa cuantía del préstamo. Además, normalmente solo se puede interponer un recurso contra el laudo arbitral ante los tribunales. Los textos legislativos y contractuales de la CNUDMI en materia de arbitraje comercial internacional establecen un conjunto completo de normas que ayudan i) a los Estados a reforzar su régimen interno en materia de arbitraje y ii) a las instituciones arbitrales a redactar normas que regulen los procesos arbitrales. A fin de mejorar el acceso de las MIPYME a los mecanismos de solución de controversias, las organizaciones regionales y los Estados apoyan cada vez más el uso de mecanismos de solución de controversias en línea. Son plataformas fáciles de usar, rápidas y de bajo costo que no requieren la comparecencia física de las partes. Estas y otras características los hacen especialmente adecuados para las controversias de escasa cuantía y las derivadas de operaciones transfronterizas. Por ejemplo, el Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (APEC) ha puesto en marcha el Marco de Colaboración para la Solución En Línea de Controversias Transfronterizas entre Empresas con el objetivo de ayudar a las pequeñas empresas a dirimir las controversias transfronterizas de escasa cuantía. Estos mecanismos requieren un entorno jurídico propicio que permita, por ejemplo, la elección del foro y que no exija la comparecencia física de las partes o la presentación física de documentos por escrito. Por lo tanto, los Estados pueden tener que modificar la legislación nacional en consecuencia. Las *Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea* (2017) pueden proporcionar orientación a los Estados, a las plataformas para la solución de controversias en línea y a los administradores sobre el modo de concebir y utilizar esos mecanismos⁴⁷⁶.

234. Cabe señalar que en la mayoría de los países existen determinados mecanismos de reparación externos, por ejemplo los defensores de la clientela⁴⁷⁷, que atienden tanto a

⁴⁷² Véase, por ejemplo, el *service de médiation crédit bancaire* en Bélgica. Puede consultarse más información en el apartado “Conseils et médiation: améliorez vos perspectives d’accès au crédit” del sitio web <http://www.1890.be/solution/mediation-credit>.

⁴⁷³ OCDE (autoría de L. Cusmano), “Credit mediation for SMEs”, 2013, pág. 29.

⁴⁷⁴ La secretaría ha ampliado el análisis de la mediación en el sector bancario en consonancia con las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones, de modo que pudiera hacerse hincapié en la mediación y los procedimientos especiales a disposición de los consumidores de servicios financieros (A/CN.9/1090, párr. 84).

⁴⁷⁵ Banco Mundial, *Good Practices* (nota 468 *supra*), pág. 52.

⁴⁷⁶ Como solicitó el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 84), la secretaría ha agregado lo siguiente: i) un análisis de las ventajas y desventajas de los mecanismos de reparación y ii) una referencia a los textos de la CNUDMI sobre solución de controversias, así como al Marco de Colaboración del APEC para la Solución En Línea de Controversias Transfronterizas entre Empresas. En aras de una mayor coherencia, la secretaría también ha reubicado aquí el análisis de los mecanismos de solución de controversias en línea desde la subsección titulada “Solución de controversias entre las MIPYME y los proveedores de productos del sector tecnofinanciero” (párrs. 227 y 228 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126).

⁴⁷⁷ Por ejemplo, la Oficina del Defensor de la Clientela del Sector Bancario de Trinidad y Tabago (www.ofso.org.tt/index.php/about-us/), el Servicio del Defensor de la Clientela del Sector Financiero del Reino Unido o el Organismo de Reclamaciones Financieras de Australia (AFCA).

los consumidores particulares como a las MYPE, ya que suelen enfrentarse a los mismos retos y necesitan la misma protección en sus controversias con los bancos, sus empresas subsidiarias y otros intermediarios financieros⁴⁷⁸. Para determinar si una empresa puede acceder a esos servicios, los Estados pueden utilizar criterios como el número de empleados o su cifra de negocios anual, que se fijan a un nivel que excluye *de facto* a las medianas empresas.

235. De acuerdo con las buenas prácticas, los mecanismos de reparación externos suelen ser creados por el sector económico de que se trate, por asociaciones o por ley⁴⁷⁹. Independientemente de si son de carácter legal o emanan de un sector económico, los mecanismos deberían regirse por un conjunto mínimo de normas claras, acordes con lo dispuesto en la ley o la reglamentación, y estar supervisados por un órgano independiente que rinda cuentas ante la administración o el organismo regulador⁴⁸⁰. Además, es importante que también operen de un modo eficiente en función de los costos a fin de reducir al mínimo toda carga financiera para sus usuarios, en particular las pequeñas empresas, así como para los contribuyentes en general si se trata de entidades públicas. La eficiencia en función de los costos también puede lograrse evaluando periódicamente los recursos humanos y financieros disponibles a fin de planificar su asignación y reducir los posibles usos indebidos. El seguimiento periódico de la tramitación de los casos permite mejorar los procedimientos y hace que sea más fácil para los usuarios recurrir a ellos. Si se apoya a los mecanismos de reparación mediante fondos públicos o alianzas público-privadas o se obliga a las instituciones financieras a sufragar el costo de los servicios, se puede lograr su sostenibilidad⁴⁸¹ y al mismo tiempo aumentar la accesibilidad de las MIPYME (véase el párr. 239)⁴⁸².

236. Como se ha indicado anteriormente (párrs. 231 y 232), un aspecto importante que cabe plantearse en relación con estos mecanismos es si están facultados para dictar decisiones vinculantes, ya que algunos de ellos (p. e.j., un defensor de la clientela o la mediación) pueden basarse en mayor medida en el cumplimiento voluntario, aunque a menudo los riesgos de reputación pueden presionar a las entidades financieras para que cumplan. Por ejemplo, si una institución financiera no acata las decisiones del mecanismo de reparación correspondiente, se puede publicar un aviso de incumplimiento⁴⁸³. Para garantizar la protección de las pequeñas empresas, sería importante que las decisiones del mecanismo de reparación externo fueran vinculantes para las entidades financieras⁴⁸⁴ y que estas no pudieran recurrir dichas decisiones, ya que de lo contrario podrían entablarse procesos costosos y prolongados ante los órganos

El AFCA se creó en 2018 para sustituir al Servicio del Defensor de la Clientela del Sector Financiero y al Defensor de la Clientela del Sector del Crédito y las Inversiones. Puede consultarse más información en www.afca.org.au.

⁴⁷⁸ La secretaría ha eliminado la expresión “y otras oficinas similares” (párr. 218 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) para hacer más claro el texto.

⁴⁷⁹ El Banco Mundial cita, a modo de ejemplo, los mecanismos de las asociaciones del sector de las microfinanzas o de determinadas actividades económicas, como MFIN y Sa-Dhan en la India, ALAFIA en Benin y AMFIU en Uganda. Véase Banco Mundial, *Good Practices* (nota 468 *supra*), pág. 52.

⁴⁸⁰ Banco Mundial, *Good Practices* (nota 468 *supra*), pág. 51.

⁴⁸¹ En algunos países, por ejemplo, los mecanismos cuentan con el apoyo de fondos públicos asignados por el Gobierno central (p. ej., en Lituania) o por un organismo en particular, como un banco central o un órgano regulador financiero (p. ej., en España y Polonia). En otros países, los mecanismos reciben el apoyo del sector económico correspondiente o de los miembros del mecanismo alternativo de solución de controversias (p. ej., en Armenia, Australia, Canadá, Reino Unido y Trinidad y Tabago). Véase Banco Mundial, *Good Practices* (nota 468 *supra*), pág. 52.

⁴⁸² La secretaría ha añadido este análisis sobre la eficiencia en función de los costos de los mecanismos de reparación y el modo de reducir al mínimo el costo para las MIPYME, tal como solicitó el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 85).

⁴⁸³ Véase el *arbitro bancario financiero* en Italia en el documento A/CN.9/780, párr. 22. La expresión “*arbitro bancario financiero*” puede traducirse aproximadamente como “árbitro financiero bancario”.

⁴⁸⁴ Por ejemplo, en la Federación de Rusia, la Ley Federal de 4 de junio de 2018 núm. 123-FZ enumera las organizaciones que están obligadas a cumplir las decisiones del comisionado para los derechos de los consumidores de servicios financieros (incluidas también las MIPYME). Si esas organizaciones no cumplen, la decisión del comisionado puede ser ejecutada por los órganos ejecutivos de los tribunales.

judiciales en los que las pequeñas empresas estarían en suma desventaja⁴⁸⁵. Sin embargo, hay ejemplos de países en que las decisiones pueden ser recurridas por ambas partes, aunque puede ocurrir que solo se permita recurrir en algunas circunstancias, como cuando se han infringido normas procesales o se demuestra la falta de imparcialidad del mediador⁴⁸⁶.

237. Otras características fundamentales que deben tenerse en cuenta para el funcionamiento eficiente de los mecanismos de reparación externos son su independencia y la imparcialidad de sus procesos de adopción de decisiones, que contribuyen a aumentar la confianza en su funcionamiento. Por ejemplo, la International Network of Financial Services Ombudsman Schemes señala que la independencia debería establecerse en la ley o en un estatuto aprobado por un organismo público, las partes no deberían poder influir en el servicio directa o indirectamente y el defensor de la clientela o los miembros de los paneles que dictan las decisiones no deberían haber trabajado en años anteriores en una entidad financiera que participe en el servicio⁴⁸⁷. La independencia de los mecanismos y la imparcialidad de sus procesos de adopción de decisiones también deberían preservarse de cualquier influencia indebida por parte de sus fuentes de financiación, independientemente de que sean públicas o privadas o una combinación de ambas. Cabe señalar que en determinados casos (p. ej., errores o inexactitudes en los datos contenidos en el registro de datos crediticios) podría ser difícil en la práctica cuantificar los daños producidos, así como la indemnización resultante, y se podría proporcionar orientación al respecto en una ley o un reglamento.

238. Los principios de accesibilidad, eficacia, equidad y transparencia y rendición de cuentas deberían guiar las actividades de los mecanismos de reparación externos. En los siguientes párrafos se expone brevemente el modo en que podrían aplicarse en su organización y funcionamiento.

c) Accesibilidad

239. La ley debería garantizar que los mecanismos proporcionen información en un lenguaje sencillo y comprensible, que los usuarios tengan fácil acceso a los mecanismos, tanto en línea como presencialmente, y que puedan presentar sus reclamaciones a través de diferentes medios. Además, no debería exigirse a quienes reclaman que paguen ninguna tasa (o solo deberían pagar tasas mínimas), ya que esto puede disuadirlos de utilizar el servicio⁴⁸⁸. En tal sentido, se podría considerar la posibilidad de exigir el abono de tasas como desincentivo, para evitar que se presentasen reclamaciones infundadas. Sin embargo, parecería más eficaz que se otorgara al mecanismo de reparación externo la facultad de rechazar reclamaciones infundadas, abusivas o improcedentes⁴⁸⁹.

d) Eficacia

240. También sería conveniente que la ley incluyera una definición clara de lo que constituye una reclamación y aclarara que se tramitará sin demora mediante un proceso flexible e informal para el que las partes no necesitarán abogado ni asesor. Además, se debe notificar a las partes cuando el mecanismo de reparación reciba documentos y las decisiones del mecanismo deben adoptarse y ponerse a disposición en un plazo determinado.

e) Equidad

241. Es importante que los Estados se aseguren de que los procedimientos del mecanismo de reparación permitan a las partes recibir todos los documentos

⁴⁸⁵ Banco Mundial, *Good Practices* (nota 468 *supra*), pág. 52.

⁴⁸⁶ Por ejemplo, Malta y Armenia. En relación con las limitaciones al alcance de un recurso, véase el art. 17 de la Ley de la República de Armenia sobre el Mediador del Sistema Financiero, disponible en <https://www.fsm.am/media/2398/law-on-fsm.pdf>.

⁴⁸⁷ Network of Financial Services Ombudsman Schemes, "Effective approaches to fundamental principles", 2014, pág. 2.

⁴⁸⁸ Véase Banco Mundial, *Good Practices* (nota 468 *supra*), pág. 52.

⁴⁸⁹ Por ejemplo, Australia, Armenia y Malta.

presentados, expresar sus argumentos y responder a los de la otra parte, así como tener acceso a las declaraciones y los dictámenes de los peritos y la posibilidad de formular observaciones al respecto.

f) Transparencia y rendición de cuentas

242. Por último, sería conveniente garantizar que los mecanismos de reparación informen a las partes de su alcance; los tipos de controversias sobre los que son competentes, incluido cualquier umbral, si procede; las normas de procedimiento que rigen sus actividades, y el tipo de normas que pueden utilizar en su actividad de solución de controversias, así como cualquier requisito que deban cumplir las partes antes de que se pueda iniciar el procedimiento.

b. Solución de controversias entre las MIPYME y los proveedores de productos del sector tecnofinanciero

243. Cabe señalar que, con el aumento del uso de los servicios de tecnología financiera por parte de las MIPYME, también han aumentado rápidamente las controversias entre las MIPYME y los proveedores de tecnología financiera, por ejemplo, sobre la propiedad de los datos, la falta de transparencia en las condiciones contractuales o la ejecutabilidad de los contratos. Debido a que, en muchos países, los proveedores de tecnología financiera no están regulados por las autoridades del sector financiero y no tienen que cumplir las mismas normas que los bancos, es posible que carezcan de procedimientos internos para tramitar las reclamaciones de las MIPYME⁴⁹⁰. Además, no todos los países tienen necesariamente mecanismos de reparación externos en los que sea posible presentar una reclamación contra proveedores de tecnología financiera⁴⁹¹ y, como se ha señalado anteriormente (véase el párr. 228), resolver por la vía judicial una controversia financiera puede no ser una opción viable para las microempresas y pequeñas empresas de muchos países.

244. A fin de brindar cierta protección a las MIPYME usuarias de servicios de tecnología financiera, en algunos países⁴⁹² el sector de la tecnología financiera ha elaborado códigos de conducta que contemplan el comportamiento irresponsable de los proveedores. Aunque esos instrumentos no pueden sustituir a un régimen de reparación adecuado, sí pueden inducir a los proveedores de tecnología financiera a mejorar sus prácticas de protección de los usuarios de sus servicios. Los Estados que quieran reforzar la eficiencia de los códigos de conducta pueden considerar la posibilidad de exigir la afiliación obligatoria a las asociaciones del sector que los han emitido y unos sólidos mecanismos de autoaplicación⁴⁹³. Sin embargo, como medida general, sería aconsejable garantizar que el requisito de establecer procedimientos internos de reclamación se aplique por igual a todos los proveedores de productos o servicios financieros, incluido el sector tecnofinanciero, y que los mecanismos de reparación externos se ocupen de las reclamaciones relativas a todos los proveedores de servicios financieros⁴⁹⁴. En vista de que varias operaciones en el sector tecnofinanciero se refieren a servicios y productos de escaso valor y tienen carácter transfronterizo, se ha sugerido que los mecanismos de solución de controversias en línea también podrían ser una

⁴⁹⁰ Defensor de las Pequeñas Empresas y las Empresas Familiares de Australia, <https://www.asbfeo.gov.au/sites/default/files/2021-11/ASBFE0-fintech-borrowing-guide.pdf>.

⁴⁹¹ Por ejemplo, en Portugal esta función la desempeña el Banco Central. Véase OCDE, “Effective Approaches for Financial Consumer Protection in the Digital Age: FCP Principles 1, 2, 3, 4, 6 and 9”, 2019, pág. 46. En cambio, en 2014 el Banco Central de Irlanda aclaró que, dado que las plataformas de intercambio entre pares no eran actividades reguladas, el Defensor de la Clientela de Servicios Financieros no podía investigar reclamaciones relacionadas con esas plataformas. Véase Banco Mundial, “Consumer Risks in FinTech” (nota 183 *supra*), pág. 78. Como se indica en la pág. 13, la publicación se centra en los consumidores minoristas, una categoría que también incluye a las MIPYME.

⁴⁹² Por ejemplo, en Kenya e Indonesia. Véase Banco Mundial, “Consumer Risks in FinTech” (nota 183 *supra*), pág. 68.

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ Véase OCDE, “Effective Approaches for Financial Consumer Protection (nota 491 *supra*), pág. 45.

opción eficiente y eficaz para dirimir las controversias derivadas de esas operaciones (véase el párr. 233)⁴⁹⁵.

5. Transparencia⁴⁹⁶

245. La transparencia es una característica fundamental en la relación entre los financiadores y las MIPYME: contribuye a mitigar los riesgos de los financiadores cuando conceden préstamos al tiempo que facilita que las MIPYME encuentren los productos más adecuados en términos de calidad y costos y tomen decisiones informadas. De esta manera se reduce el costo del crédito y se refuerza el entendimiento mutuo de las partes, lo cual puede facilitar las decisiones relacionadas con los préstamos.

246. Hay tres vertientes de la transparencia que son particularmente pertinentes en el contexto del acceso al crédito: i) la disponibilidad de información suficiente para los financiadores a fin de que puedan evaluar la solvencia de las MIPYME (véanse los párrs. 204 a 222), ii) la claridad y la transparencia de las condiciones de los productos y los servicios crediticios y iii) la disponibilidad de información suficiente para las MIPYME sobre los diferentes medios de acceder al crédito (véanse los párrs. 261 y 264)⁴⁹⁷. La presente sección se centra en las vertientes ii) y iii), puesto que en la sección titulada “Medidas para facilitar la evaluación de la solvencia de las MIPYME” se analizan los problemas que plantea la asimetría de información para los financiadores que conceden préstamos a las MIPYME y se presentan ejemplos de vías para mitigarlos.

247. En la mayoría de las jurisdicciones, las normas sobre la transparencia de las condiciones contractuales y las relaciones equitativas con los clientes se aplican generalmente a los productos y servicios bancarios y financieros (p. ej., cuentas corrientes, depósitos, préstamos y servicios de pago). Por ejemplo, los países pueden exigir que la información se consigne en un formulario establecido que puede incluir métodos estandarizados para detallar las partidas que se cobrarán al cliente, que los términos técnicos se expliquen a las MIPYME en un lenguaje comprensible o que el usuario deba prestar su consentimiento a las cláusulas impresas en letra pequeña. Esa claridad permite a las MIPYME tomar decisiones informadas y les garantiza cierto nivel de protección, al tiempo que reduce al mínimo el riesgo de que las MIPYME hagan un uso indebido de los préstamos. La claridad de las condiciones y cláusulas contractuales también beneficia a los financiadores por cuanto ayuda a fortalecer su posición en el mercado y a atraer a nuevos clientes⁴⁹⁸.

248. Las cuestiones relativas a la transparencia y la comunicación de información a las MIPYME son de gran importancia, también en relación con las instituciones no bancarias, ya que en algunos países los proveedores de servicios financieros digitales que no están regulados (p. ej., las empresas de tecnología financiera de varios países) pueden no estar obligados a informar de las condiciones que rigen determinados productos, como las condiciones de los préstamos (que pueden estar incompletas o ser poco claras), la tasa porcentual anual o los gastos de operación, y ello puede dar lugar

⁴⁹⁵ S.W. Gumbira, D. Puspitawati y K. Tejomurti, “Unefficiency Settlement Of Fintech Lending Disputes And How Legal Framework To Settle It: Indonesia Perspective”, publicado en el *Journal of Contemporary Issues in Business and Government*, vol. 27, núm. 2, 2021, disponible en https://www.cibgp.com/article_10434.html.

⁴⁹⁶ La secretaría ha modificado la presente sección sobre la transparencia en consonancia con las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 88).

⁴⁹⁷ La secretaría ha ubicado la referencia a los principios de alto nivel del G20 y la OCDE sobre la financiación de las PYME (párr. 229 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) en la sección titulada “Medidas para facilitar la evaluación de la solvencia de las MIPYME” con el fin de evitar redundancias (nota 413 *supra*).

⁴⁹⁸ La secretaría ha dividido el párr. 230 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126 en dos (párrs. 247 y 248 *supra*) y ha mejorado el análisis de las condiciones transparentes en el párr. 247 de la siguiente manera: i) reubicando la segunda oración aquí procedente del párr. 257 (párr. 237 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126), ii) añadiendo una referencia a las cláusulas impresas en letra pequeña y los términos técnicos y iii) agregando una nueva oración sobre el uso indebido de los préstamos.

a que las MIPYME paguen, sin saberlo, gastos más altos de lo previsto⁴⁹⁹. Los foros de expertos internacionales recomiendan a los Estados que adopten un marco jurídico sólido que garantice que la información sobre todas esas cláusulas y condiciones se transmita de manera clara y comprensible a las pequeñas empresas, que a menudo carecen de conocimientos financieros suficientes⁵⁰⁰. Sería igualmente importante que los proveedores de servicios financieros digitales comunicaran información sobre la tecnología en que se basa el funcionamiento de la plataforma en línea, y en particular cualquier cambio importante en sus elementos de *hardware* o de *software* que pudiera afectar negativamente a la capacidad de las MIPYME para acceder a sus archivos o de realizar operaciones digitales⁵⁰¹.

249. También se ha informado de que muchas instituciones de microfinanciación fijan los precios de sus productos de manera poco transparente, oscureciendo el verdadero precio de los préstamos y confundiendo a los clientes mediante técnicas como la aplicación de tipos de interés “fijos” y unas complejas estructuras tarifarias⁵⁰². La fijación de los precios de manera transparente es un elemento esencial para crear condiciones propicias para las microempresas: aunque son importantes en todo contrato de financiación, las cuestiones relacionadas con la transparencia interesan sobre todo a las MIPYME prestatarias poco sofisticadas que no pueden sufragar el costo de una asesoría jurídica⁵⁰³. Entre otras cosas, los foros de expertos internacionales recomiendan que se exija a las instituciones de microfinanciación que adopten fórmulas estándar de fijación de precios (con estándares adecuados de divulgación), así como planes estándar de pago⁵⁰⁴.

250. También puede mejorarse la transparencia en la financiación de las MIPYME brindándoles fácil acceso a información sobre fuentes de financiación apropiadas y medios adecuados de acceder a ellas. En determinados países, el problema puede venir de la escasez de información disponible con carácter general; en otros, puede obedecer a la creación de barreras innecesarias para acceder a la información disponible. Por ejemplo, los servicios de información pueden cobrar tasas de acceso o sus usuarios pueden tener que inscribirse o proporcionar de algún otro modo información sobre su identidad o, si la información está disponible en línea, pueden que estén obligados a instalar programas informáticos específicos. Un primer paso para divulgar información sobre las soluciones de financiación a disposición de las MIPYME y las condiciones en las que pueden acceder a ellas (incluidos los tipos de interés) sería la realización de campañas de sensibilización que contaran con el apoyo de las asociaciones de los sectores económicos implicados (tanto instituciones financieras como MIPYME) y el uso de varios medios (p. ej., televisión, radio, prensa, medios sociales). El diálogo periódico y la cooperación entre los sectores de los financiadores y de las MIPYME podrían traducirse igualmente en iniciativas (p. ej., oficinas de asistencia) que ayudaran a las MIPYME a tomar decisiones informadas.

*Prácticas equitativas en materia de concesión de préstamos*⁵⁰⁵

251. En los párrafos anteriores se señala la importancia de la transparencia de las condiciones contractuales y del modo como se dan a conocer para facilitar el acceso al

⁴⁹⁹ GPFI, *Promoting digital and innovative SME financing* (nota 27 *supra*), pág. 72.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, pág. 84.

⁵⁰¹ J. Ballard, C. Brennan, C. French y E. Johnson, “Exploring the Legal Issues Relevant to Online Small-Business Lending”, 2017, que puede consultarse en: https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2017/08/02_ballard/.

⁵⁰² A/CN.9/780, párr. 37.

⁵⁰³ *Ibid.*, párr. 40.

⁵⁰⁴ *Ibid.*

⁵⁰⁵ En su 37º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en combinar la sección G del documento A/CN.9/WG.I/WP.126 relativa a las medidas de protección contra las prácticas abusivas con la sección relativa a la transparencia (A/CN.9/1090, párr. 89). La secretaria ha puesto en práctica ese cambio y, además, ha modificado el título de la subsección para dotarla de mayor coherencia. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que la secretaria seguirá investigando el tema de las prácticas abusivas en materia de préstamos para ver si se pueden añadir otras medidas de protección de las MIPYME (en particular las MYPE) en la próxima versión del proyecto de guía.

crédito. Sin embargo, tal vez no sea suficiente para limitar el riesgo de arreglos crediticios inapropiados para las MIPYME. Las condiciones contractuales y las prácticas empresariales equitativas son otros elementos clave de una relación equilibrada entre financiadores y MIPYME⁵⁰⁶.

a. Cláusulas contractuales abusivas

252. En su condición de “jugadores repetidos” y con el fin de reducir los costos de las operaciones, los financiadores suelen utilizar contratos con cláusulas estándar para las operaciones financieras con sus interlocutores (incluidas las MIPYME)⁵⁰⁷. La negociación del contrato y cualquier modificación que se quisiera introducir en sus cláusulas estándar como resultado de esa negociación darían lugar a un aumento de los costos de la operación que los financiadores podrían no considerar económico cuando el importe del préstamo solicitado es relativamente pequeño (p. ej., en la financiación de las MIPYME). La personalización de los contratos también podría traducirse en unos costos de los préstamos más elevados para la MIPYME⁵⁰⁸. Debido a su limitado poder de negociación, las MIPYME, en particular las MYPE, celebran a menudo operaciones financieras mediante contratos de adhesión (“lo tomas o lo dejas”)⁵⁰⁹.

253. Dados los limitados conocimientos financieros de muchas MYPE, es posible que no sean capaces de detectar o comprender plenamente las condiciones contractuales que podrían perjudicarlas⁵¹⁰. Por ejemplo, algunas cláusulas pueden dar a los financiadores facultades amplias para modificar el contrato sin la aquiescencia de la MYPE; otras cláusulas pueden facultar al financiador para declarar un incumplimiento a partir de algunos indicadores financieros como la relación préstamo-valor⁵¹¹. En consecuencia, las MYPE pueden ser víctimas de algunos financiadores que abusan de su posición negociadora más fuerte. El riesgo de este tipo de abusos es especialmente elevado en el contexto de los productos y servicios del sector tecnofinanciero⁵¹², dada la rapidez con que se celebran los contratos por vía electrónica, a menudo sin un examen previo o suficiente de sus cláusulas y condiciones⁵¹³. También se corre el riesgo de que las entidades financieras de segundo nivel utilicen cláusulas contractuales poco claras o engañosas, puesto que en gran medida no están reguladas y pueden explotar su capacidad de ofrecer préstamos con mayor rapidez que los proveedores financieros regulados, lo cual puede atraer fácilmente a las MYPE. Por ejemplo, se ha observado que las cláusulas impresas en letra pequeña en sus documentos establecen tipos de interés superiores a los anunciados en su material publicitario o imponen “tasas de amortización de capital” que permiten a la entidad financiera reclamar un porcentaje del capital al liquidar el préstamo⁵¹⁴.

⁵⁰⁶ La secretaría ha agregado esta oración para hacer más clara la presente subsección.

⁵⁰⁷ Es bastante común que las condiciones de procedimiento (p. ej., limitaciones en cuanto a los métodos de retiro de fondos y amortización, los métodos utilizados para notificar modificaciones al prestatario, la forma y el lugar en que se solucionan las controversias) y las condiciones de fondo (como el tipo de interés de demora o la forma en que se define el “incumplimiento”) establecidas en los contratos de financiación sean condiciones estándar de los financiadores.

⁵⁰⁸ L. Gullifer e I. Tirado, “A global tug of war” (nota 265 *supra*), págs. 12 y 13.

⁵⁰⁹ Comisión Australiana de Valores e Inversión (ASIC), informe 565, “Unfair contract terms and small business loans”, 2018, pág. 4, disponible en <https://asic.gov.au/regulatory-resources/find-a-document/reports/rep-565-unfair-contract-terms-and-small-business-loans/>.

⁵¹⁰ Banco Mundial, *Good Practices for Financial Consumer Protection* (nota 468 *supra*), pág. 34. La secretaría ha trasladado la referencia a las “cláusulas impresas en letra pequeña y el lenguaje técnico” al párr. 247 en aras de la coherencia (véase la nota 498 *supra*).

⁵¹¹ La secretaría ha agregado estos ejemplos para hacer más claro el texto.

⁵¹² Una encuesta realizada por una asociación de pequeñas empresas de los Estados Unidos reveló que el 74 % de los encuestados consideraba que los préstamos en línea deberían regularse para proteger a las pequeñas empresas de las prácticas predatorias en línea. Véase Small Business Majority, “Opinion Poll: Small Business Owners Concerned with Predatory Lending, Support More Regulation of Alternative Lenders”, 2017, disponible en <https://smallbusinessmajority.org/our-research/access-capital/small-business-owners-concerned-predatory-lending-support-more-regulation-alternative-lenders>.

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ La secretaría ha añadido ejemplos de prácticas abusivas en los préstamos de segundo nivel, tal como solicitó el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 90). Las instituciones financieras de segundo nivel, entre ellas sociedades de construcción y cooperativas de

254. A fin de combatir las prácticas contractuales abusivas, algunos países⁵¹⁵ han hecho extensivas a las MYPE las normas de derecho interno que protegen a las personas más débiles que negocian contratos con partes que gozan de una posición negociadora más fuerte, incluidas las operaciones financieras⁵¹⁶. Por ejemplo, en la legislación se especifica qué es una pequeña empresa y se aclaran los parámetros conforme a los cuales una cláusula contractual puede considerarse abusiva. Eso puede suceder cuando la cláusula: i) genera un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones asumidos por las partes en virtud del contrato; ii) no es necesaria, en términos razonables, para proteger los intereses legítimos de la parte que se beneficiaría de su inclusión, y iii) causara un perjuicio financiero o de otro tipo (p. ej., retrasos) a una pequeña empresa en caso de aplicarse o invocarse⁵¹⁷. Algunos ejemplos de cláusulas y condiciones abusivas pueden ser los elevados tipos de interés de demora, las cláusulas de extinción abusivas y las definiciones desventajosas de casos de incumplimiento⁵¹⁸. En otros países, el objetivo de garantizar cláusulas y condiciones contractuales equitativas se ha logrado mediante medidas promulgadas por los bancos centrales⁵¹⁹, o mediante códigos de conducta o criterios aplicables a las prácticas de carácter voluntario en el sector financiero que han fijado la referencia de las prácticas equitativas en materia de concesión de préstamos⁵²⁰. Si bien esas herramientas podrían ser más rígidas que determinadas normas legales o reglamentarias y brindar niveles de protección elevados a las pequeñas empresas, no pueden ser una alternativa a un régimen jurídico apropiado integrado por normas vinculantes que establezcan las obligaciones de los financiadores⁵²¹.

255. En los países que deseen reformar su marco jurídico en consonancia con las mejores prácticas internacionales, la ley prohibiría, por ejemplo, las cláusulas o condiciones abusivas en los contratos financieros estándar y, si se utilizaran, esas cláusulas o condiciones se considerarían nulas y legalmente inaplicables⁵²². Otra buena práctica recogida a menudo en la ley consiste en interpretar cualquier ambigüedad en un contrato estándar en contra de los intereses de la parte que propuso la cláusula ambigua, lo que conduce a una interpretación más favorable a la parte contractual más débil, es decir, la MYPE⁵²³. Al respecto se ha señalado que la equidad de una cláusula contractual, en particular cuando no es de carácter financiero, no se evaluaría de forma aislada, sino en el contexto de las demás cláusulas del contrato⁵²⁴. A la hora de especificar los tipos de cláusulas que la ley declara abusivas y, por tanto, inválidas o carentes de efectos, los legisladores y los responsables de la formulación de políticas tal vez deseen considerar las posibles consecuencias que podría tener en la disponibilidad del crédito un criterio demasiado restrictivo.

256. Las autoridades de supervisión pueden desempeñar un papel fundamental para garantizar la equidad de las condiciones contractuales, y sería importante que en el marco jurídico interno se establecieran con claridad sus responsabilidades, especialmente su

crédito, no cuentan con licencia bancaria y suelen utilizar su propia financiación al por mayor procedente de fuentes distintas de los depósitos de los clientes.

⁵¹⁵ P. ej., Australia, véase nota 509 *supra*.

⁵¹⁶ La secretaría ha suprimido la segunda oración (“Por ejemplo [...] servicios financieros”) de este párrafo (párr. 235 del documento [A/CN.9/WG.I/WP.126](#)) a fin de eliminar redundancias.

⁵¹⁷ Comisión Australiana de Valores e Inversión (nota 509 *supra*), pág. 8.

⁵¹⁸ [A/CN.9/913](#), párr. 42.

⁵¹⁹ P. ej., Malasia. Véase la política de trato equitativo de los consumidores financieros, 6 de noviembre de 2019, dictada por la Bank Negara Malaysia (es decir, el Banco Central), disponible en https://www.bnm.gov.my/documents/20124/761679/FTFC_PD_028_103.pdf/f83853d4-7146-9842-a40c-7e20bf0c9b75?t=1590696786502. El término “consumidor financiero” también incluye “una microempresa o pequeña empresa según la definición que figura en la notificación de definición de pequeñas y medianas empresas (PYME) dictada por el Banco Central el 27 de diciembre de 2017 (BNM/RH/NT 028–51)”.

⁵²⁰ P. ej., en el Reino Unido, las Normas relativas a las Prácticas de Concesión de Préstamos a Empresas (2020), que fueron reconocidas formalmente por la Autoridad de Conducta Financiera (FCA) en 2020.

⁵²¹ La secretaría ha agregado la referencia a otras medidas contra las prácticas contractuales abusivas en aras de una mayor claridad.

⁵²² Banco Mundial, *Good Practices* (nota 468 *supra*), pág. 34.

⁵²³ *Ibid.*, pág. 34.

⁵²⁴ L. Gullifer e I. Tirado, “A global tug of war” (nota 265 *supra*), pág. 14.

facultad para evaluar si los contratos de préstamo cumplen las exigencias legales establecidas. Quedaría comprendida su facultad para aclarar el significado y el alcance de las condiciones contractuales abusivas de manera transparente (p. ej., en determinados países el umbral para calificar de abusivas las cláusulas puede ser superior en los contratos de préstamos comerciales que en los contratos con consumidores particulares) a fin de garantizar la certeza comercial. En algunos países, por ejemplo, las autoridades de supervisión analizan periódicamente los contratos de préstamo en que son partes las MIPYME para identificar cláusulas y condiciones abusivas y adoptar las medidas apropiadas. En otros, también llevan registros en que se inscriben las cláusulas contractuales abusivas, lo que permite a las MIPYME comprobar si su contrato con el financiador incluye condiciones abusivas^{525, 526}.

b. Formación del contrato⁵²⁷

257. Para dispensar un trato equitativo a las MYPE también es necesario que en la etapa de formación del contrato el financiador explique a la MYPE los diferentes tipos de créditos apropiados y sus consecuencias para la empresa⁵²⁸ y le aclare el significado de las cláusulas del contrato respectivas, en particular las condiciones financieras como las relativas a los tipos de interés, de modo tal que sean comprensibles y comparables a las condiciones utilizadas por otros financiadores. Además, el marco jurídico o regulador interno puede exigir que los financiadores concedan un período de reflexión antes de la celebración del contrato, o un plazo para ejercer el derecho de desistimiento después de la celebración del contrato, o una combinación de ambos, con el fin de tener la certeza de que la pequeña empresa ha comprendido plenamente las cláusulas del contrato y ha sopesado las consecuencias de su aplicación. Los Estados también podrían proteger a las pequeñas empresas estableciendo por ley un límite máximo a determinadas tasas y gastos previstos en el contrato: por ejemplo, en algunos países las leyes o reglamentos aplicables fijan límites máximos a los tipos de interés de demora que pueden pactarse⁵²⁹. En el caso de que se rechace la solicitud de crédito de la MYPE, las leyes o reglamentos aplicables pueden exigir a los financiadores que indiquen los motivos del rechazo de forma clara y comprensible⁵³⁰.

c. Prácticas comerciales abusivas

258. Además de establecer condiciones contractuales equitativas, un marco jurídico y regulador adecuado también establecería consecuencias para las relaciones entre los financiadores y las MYPE que fueran injustas, abusivas y discriminatorias. Aun cuando las cláusulas y condiciones del contrato sean equitativas y equilibradas, pueden utilizarse prácticas abusivas, como ofrecer préstamos a MYPE sin que estas lo hayan solicitado, o enviar tarjetas de crédito a los clientes sin previa solicitud de estos, o ejercer discriminación por razón del sexo. Por ejemplo, en algunos Estados, las entidades financieras reguladas están obligadas a demostrar que el concepto de trato equitativo está integrado en todas sus prácticas relacionadas con los clientes⁵³¹. Otra buena práctica es que los Estados establezcan un umbral mínimo para determinar si una práctica es abusiva o no⁵³². En cuanto a los productos crediticios, se podría exigir a los financiadores que aplicaran los denominados tipos de interés rebajados (es decir,

⁵²⁵ Banco Mundial, *Good Practices* (nota 468 *supra*), pág. 35.

⁵²⁶ La secretaría ha añadido una referencia al papel que desempeñan las autoridades de supervisión para garantizar la equidad de las condiciones contractuales y su pertinencia para la certeza comercial, tal como solicitó el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 90).

⁵²⁷ La secretaría ha separado el análisis de la formación del contrato del análisis de las cláusulas contractuales abusivas en aras de una mayor claridad y en consonancia con las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 89).

⁵²⁸ Por ejemplo, Bélgica. Véase la *Loi relative à diverses dispositions concernant le financement des petites et moyennes entreprises*, 21 de diciembre de 2013, disponible en: www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg_2.pl?language=fr&nm=2013003461&la=F.

⁵²⁹ Por ejemplo, Alemania y España, L. Gullifer e I. Tirado, "A global tug of war" (nota 265 *supra*), págs. 14 y 15.

⁵³⁰ Por ejemplo, Bélgica. Véase la nota 528 *supra*.

⁵³¹ Por ejemplo, el Reino Unido y Malasia, según se indica en Banco Mundial, *Good Practices* (nota 468 *supra*), pág. 35.

⁵³² *Ibid.*, pág. 36.

calculados sobre el importe pendiente del préstamo) en lugar de los tipos de interés fijos (es decir, calculados sobre el importe total del préstamo). Como los tipos de interés fijos no tienen en cuenta que cada cuota de amortización reduce gradualmente el importe total del préstamo, los clientes pueden acabar pagando más intereses que con los tipos de interés rebajados. Además, también se podría exigir a los financiadores que incluyeran cláusulas opcionales a voluntad del cliente para servicios de débito automático de pagos y comisiones y que se abstuvieran de recurrir a prácticas abusivas de cobro de los préstamos⁵³³.

259. La definición de criterios aplicables a las prácticas abusivas puede verse influida por normas sociales y culturales nacionales; por ejemplo, en algunos países, exigir a las mujeres empresarias el consentimiento del cónyuge para obtener un préstamo puede considerarse una práctica aceptable⁵³⁴. Sea como fuere, en varios países la ley contempla las necesidades y dificultades de grupos especialmente vulnerables, como las mujeres, los jóvenes, los indígenas y las comunidades rurales, y prevén medidas adecuadas de protección de esos grupos. Cabe señalar que la discriminación y las prácticas abusivas también pueden estar perfectamente integradas en el algoritmo en que se basan los modelos digitales de calificación crediticia, lo que puede generar un sesgo contra determinados grupos de clientes. Por lo tanto, los Estados deberían asegurarse de que sus leyes o reglamentos sobre prácticas equitativas fueran aplicables igualmente a los proveedores de servicios financieros digitales.

260. Por último, como ya se ha señalado, al aprobar normas sobre prácticas y cláusulas contractuales abusivas, es importante que los legisladores traten de lograr un equilibrio entre las medidas para proteger a las MYPE y las que motivan a los financiadores a conceder préstamos (véase también el párr. 19). Las medidas de protección concebidas para facilitar el acceso de las MYPE al crédito podrían excederse en su afán por protegerlas de prácticas abusivas, si esas empresas pudieran utilizarlas para no pagar, o para prolongar o evitar litigios, lo que puede desalentar a los financiadores de conceder préstamos. El equilibrio adecuado será claramente una cuestión de política y dependerá de la política del país, así como de las condiciones sociales y económicas⁵³⁵.

Nota para el Grupo de Trabajo: En su 37º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en mantener el análisis sobre la transparencia y sus diversas vertientes en una sección y combinarlo con los párrafos relativos a las prácticas equitativas en materia de concesión de préstamos (sección titulada “Medidas de protección contra las prácticas abusivas” en el documento [A/CN.9/WG.I/WP.126](#)). El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si sería mejor ubicar determinadas partes del análisis (p. ej., las cláusulas contractuales abusivas) en la sección titulada “Un marco legislativo que favorezca los mecanismos de endeudamiento para ampliar el acceso de las MIPYME al crédito”.

6. Medidas para subsanar los escasos conocimientos financieros de las MYPE⁵³⁶

261. Una vez iniciado el proceso de reforma del acceso de las MYPE al crédito, un aspecto importante de ese proceso consistirá en aumentar los conocimientos de las MYPE en materia de finanzas, para ayudarlas a entender los distintos tipos de productos financieros disponibles, ponerse en contacto con las instituciones pertinentes, tomar decisiones informadas y eficaces con sus recursos financieros y preparar una buena propuesta de préstamo. Quizás también sea necesario brindar educación financiera a las MYPE para que comprendan plenamente las ventajas y las consecuencias de la constitución de una garantía mobiliaria sobre sus bienes y los requisitos legales para celebrar un acuerdo de garantía (p. ej., el modo de constituir una garantía mobiliaria,

⁵³³ *Ibid.*

⁵³⁴ *Ibid.*

⁵³⁵ L. Gullifer e I. Tirado, “A global tug of war” (nota 265 *supra*), pág. 1.

⁵³⁶ Como se ha señalado en la presente sección, las MYPE son a menudo, dentro del grupo de las MIPYME, las principales destinatarias de las iniciativas nacionales e internacional que persiguen impartir conocimientos financieros. Por ello, en la sección se hace referencia fundamentalmente a ellas (y se utiliza fundamentalmente el acrónimo MYPE).

los derechos y las obligaciones del otorgante y la ejecución)⁵³⁷. Las MYPE también pueden necesitar un conjunto más amplio de habilidades para operar con eficacia en su entorno empresarial y aumentar su transparencia en el mercado financiero. Por ejemplo, las empresas que se encuentran en las etapas iniciales de su ciclo de vida pueden necesitar saber cómo encontrar mercados, introducir metodologías adecuadas de cálculo de costos, mejorar sus prácticas contables o cumplir reglamentaciones públicas. Las empresas más consolidadas pueden necesitar mejorar su organización interna o la calidad de los procesos y productos (p. ej., desde la introducción de programas de mantenimiento periódico hasta la adopción de sistemas de certificación de calidad) o sus competencias en materia de comercialización y exportación, así como conocer a fondo las Normas Internacionales de Información Financiera y las ventajas que pueden aportar en cuanto al acceso al crédito⁵³⁸. Por lo tanto, las iniciativas que imparten educación financiera pueden complementarse con programas⁵³⁹ destinados a reforzar las capacidades técnicas y de gestión de las MYPE. Por último, en países que cuentan con mecanismos de reparación externos para las controversias de índole financiera (véanse los párrs. 231 a 242), las MYPE desconocen a menudo que pueden resolver sus controversias con los financiadores por esas vías. Así pues, para las MYPE que cumplen los requisitos para recurrir a los mecanismos de reparación podría resultar beneficiosa la formación sobre su alcance y funcionamiento (p. ej., la presentación y tramitación de las reclamaciones, el proceso de toma de decisiones), lo cual podría ser también otro incentivo para acceder a los servicios financieros⁵⁴⁰.

262. Otro aspecto importante del proceso consistirá en reforzar la capacidad de los financiadores para que entiendan mejor las necesidades financieras de las MYPE y cualquier requisito particular aplicable a la concesión de préstamos a las pequeñas empresas. Tienen que saber qué tipos de productos financieros deberían ofrecerles y qué pueden hacer para resolver las dificultades que tengan las MYPE para comunicarse con los financiadores, preparar la documentación necesaria y cumplir los requisitos pertinentes. En ese sentido, el fortalecimiento de la capacidad de los financiadores para que celebren de manera eficiente operaciones respaldadas con garantías mobiliarias (p. ej., los tipos de bienes que se pueden gravar, la valoración de los bienes, la ejecución de las garantías)⁵⁴¹ es tan importante como el fortalecimiento de la capacidad de las MYPE (véase el párr. 261). Los financiadores también tienen que saber cómo realizar operaciones que sean rentables gracias a las reformas del régimen jurídico (como la reforma de la legislación relativa a las garantías mobiliarias). Esto se puede aplicar especialmente a los financiadores que atienden a mujeres empresarias, muchas de las cuales tienen un acceso limitado a la información y los conocimientos financieros en la etapa inicial de su actividad empresarial. Por último, es importante que el personal de los organismos reguladores comprenda adecuadamente las nuevas leyes y reglamentos aplicables a la financiación de las MYPE, a fin de ayudar a las instituciones financieras en su aplicación y garantizar una supervisión adecuada. Las iniciativas de fortalecimiento de la capacidad para ayudar a los organismos reguladores a mantenerse al día de las reformas relativas al acceso al crédito son, por tanto, otro aspecto decisivo del proceso.

⁵³⁷ La secretaría ha agregado la frase “y los requisitos legales [...] ejecución)” en aras de una mayor coherencia del texto. Véase también una referencia similar al fortalecimiento de la capacidad en materia de operaciones respaldadas con garantías mobiliarias en el párr. 262 (párr. 242 del documento [A/CN.9/WG.I/WP.126](#)). Véase la nota 541 *infra*.

⁵³⁸ OCDE y G20, “Effective Approaches for Implementing the G20/OECD High-Level Principles on SME Financing”, 2018, págs. 30 y 31.

⁵³⁹ Por ejemplo, Italia ofrece ayuda financiera a las MIPYME que están utilizando servicios de consultoría para mejorar los procesos de producción y las estructuras de gestión y organización.

⁵⁴⁰ En su 37º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en destacar la importancia de educar a las pequeñas empresas en el uso de mecanismos de reparación externos para dirimir sus controversias con los financiadores ([A/CN.9/1090](#), párr. 85). La secretaría ha materializado ese cambio en la presente sección del proyecto de guía.

⁵⁴¹ La secretaría ha añadido esta oración en consonancia con las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones ([A/CN.9/1090](#), párr. 54).

a) Fortalecimiento de la capacidad de las MYPE

263. En varios países, se han aplicado estrategias de formación en finanzas con la expectativa de que fomenten el espíritu empresarial y reduzcan las barreras que existen del lado de la demanda para que obtengan financiación MIPYME de todos los tamaños (es decir, microempresas, pequeñas empresas o medianas empresas) y de todos los tipos (es decir, con independencia de que sean personas físicas o jurídicas). Esas estrategias pueden estar dirigidas únicamente a las MIPYME o a las MIPYME y la ciudadanía en general. Independientemente del alcance de la estrategia de formación, las MYPE suelen ser el segmento al que más se dirigen dentro del grupo de las MIPYME. Algunos países ponen en práctica la formación financiera de las MYPE como parte de estrategias más amplias destinadas a promover la inclusión financiera⁵⁴² o a aumentar el empleo en el sector formal⁵⁴³.

264. Pueden ponerse en práctica estrategias nacionales eficaces por diferentes canales, como la educación formal en escuelas o universidades o programas públicos *ad hoc*⁵⁴⁴. Por lo general, las estrategias abarcan conocimientos generales en materia de finanzas, así como temas relacionados con el fortalecimiento de la capacidad de las MYPE para interactuar con los financiadores, como saber a quién dirigirse para obtener ayuda en cuestiones financieras, reconocer la interacción entre las finanzas personales y las de la empresa, estar al tanto de las oportunidades de financiación, ser consciente de los riesgos financieros y gestionarlos eficazmente y saber cómo cumplir los requisitos para obtener un préstamo. La sostenibilidad a largo plazo de las estrategias no solo requiere la asignación de fondos suficientes, sino que es igualmente importante que se disponga de herramientas de diagnóstico para evaluar las necesidades de conocimientos de las MYPE, que se haga un seguimiento y evaluación adecuados de la aplicación de las estrategias y que estas sean independientes de los ciclos políticos del país.

265. Además de las estrategias públicas, se pueden emprender otras iniciativas coordinadas por las organizaciones empresariales y los sindicatos, el sector financiero o las ONG a nivel local y nacional⁵⁴⁵. Por ejemplo, el sector bursátil puede poner en marcha programas que ayuden a las pequeñas y medianas empresas en el acceso a oportunidades de financiación a largo plazo. Las actividades de formación y tutoría pueden ayudar a esas empresas a mejorar sus competencias a fin de facilitar su posible inscripción en el mercado de valores público⁵⁴⁶.

266. Según la índole de las iniciativas de formación financiera, y con el fin de llegar al grupo más amplio posible de beneficiarios, se pueden utilizar diferentes métodos para impartirla, que van desde folletos hasta acompañamiento experto, seminarios o servicios de asesoramiento, cursos en línea u otras formas de transmisión digitales, como los medios sociales o las aplicaciones móviles. En algunos países, se han creado plataformas en línea para facilitar los intercambios y el aprendizaje mutuo entre pequeñas empresas⁵⁴⁷. Otros países, reconociendo los grandes retos a los que se enfrentan las MYPE gestionadas por mujeres, han creado centros en línea dedicados a promover el emprendimiento de las mujeres, incluido su acceso a los servicios financieros. También se pueden emplear medios de comunicación más tradicionales (p. ej., la televisión, la radio o las revistas) para la difusión a un público más amplio que el que utiliza los medios sociales, que quizás requieran conocimientos tecnológicos más avanzados. Según la índole de la entidad que imparta la formación, ya sea el Estado, ONG o el sector económico de que se trate, y del alcance de las iniciativas, estas pueden ser de pago o gratuitas, aunque es conveniente que, dadas las limitaciones financieras

⁵⁴² OCDE (autoría de A. Atkinson), “Financial Education for MSMEs and Potential Entrepreneurs”, 2017, pág. 31.

⁵⁴³ *Ibid.*, pág. 33.

⁵⁴⁴ Por ejemplo, la Argentina ha creado 51 centros universitarios para MIPYME en 19 provincias con objeto de reforzar la capacidad de las MIPYME de acceder al crédito. El país también ha creado 65 agencias de desarrollo y centros de emprendimiento en 22 jurisdicciones con el mismo objetivo.

⁵⁴⁵ OCDE (autoría de A. Atkinson), “Financial education” (nota 542 *supra*), págs. 34 y 35.

⁵⁴⁶ Véase el programa ELITE puesto en marcha por el Grupo de la Bolsa de Valores de Londres. Véase www.aimlisting.co.uk/lse-elite-programme/.

⁵⁴⁷ Véanse Chile y Singapur, países citados en OECD (autoría de A. Atkinson), “Financial education” (nota 542 *supra*), págs. 52 y 58.

de las MYPE, las iniciativas de pago sean limitadas. Cabe señalar que tanto las estrategias públicas como las iniciativas coordinadas por el sector privado aprovechan a menudo instrumentos y programas⁵⁴⁸ elaborados por organizaciones o redes internacionales⁵⁴⁹ que reflejan las mejores prácticas mundiales.

b) Fortalecimiento de la capacidad de los financiadores

267. Como se ha señalado anteriormente (véase el párr. 262), es importante aumentar la capacidad de los financiadores de responder a las necesidades financieras de las MYPE y comprender el modo de realizar operaciones rentables con ellas. Por ejemplo, algunos países han aprobado políticas para tratar de colmar la brecha de información entre los financiadores y las pequeñas empresas facilitando su interacción directa mediante campañas de sensibilización, la intermediación y la búsqueda de contactos^{550, 551}. En términos más generales, los financiadores deberían estar dotados de herramientas que les permitiesen comprender los sectores en los que operan las MYPE y el modo de evaluar las solicitudes de préstamo teniendo presente el contexto de esos sectores; determinar los mejores clientes a los que prestar servicio; realizar análisis de mercado para optimizar los productos y servicios ofrecidos, incluido el diseño de nuevos productos y servicios adaptados específicamente a las MYPE, o a grupos particulares de MYPE, e impulsar una cultura de ventas y unos canales de distribución adecuados, así como estrategias de gestión de riesgos apropiadas para sostener a las MYPE sólidas en los momentos críticos de su ciclo de vida⁵⁵².

268. Como se ha señalado anteriormente, es importante que los financiadores reciban orientaciones (p. ej., códigos de conducta, acompañamiento experto, capacitación) sobre las mejores prácticas en materia de concesión de préstamos aplicables a sus operaciones con MYPE a fin de que puedan limitar sus riesgos sin que se reduzca la protección de las MYPE. Por ejemplo, los financiadores deberían poder asesorar efectivamente a las MYPE acerca de los productos más adecuados dadas sus necesidades y su situación financiera, hacer un seguimiento de sus préstamos para evitar el riesgo de impago y responder sin demora con soluciones apropiadas en el caso de que las MYPE tengan dificultades para devolver el préstamo. En algunas jurisdicciones, los proveedores financieros tienen la obligación de adoptar determinadas medidas (también conocidas como prácticas de concesión responsable de préstamos) para proteger en mayor medida a los prestamistas no comerciales por cuanto estos quizás estén menos familiarizados que las empresas con los procesos de concesión de préstamos. Si bien algunas de esas prácticas pueden retrasar el acceso de las MYPE al crédito (al alargar el tiempo necesario para tramitar la solicitud de crédito), garantizan que los financiadores actúen velando por el interés de la empresa a lo largo del proceso de concesión del préstamo. Por ello, los países podrían estudiar la posibilidad de

⁵⁴⁸ Esos instrumentos y programas se centran en las necesidades de conocimientos financieros de las MYPE o tienen un objetivo más amplio (p. ej., apoyar el emprendimiento), siendo la impartición de conocimientos financieros uno de los componentes de los programas.

⁵⁴⁹ Por ejemplo, la Red Internacional de Educación Financiera de la OCDE (OECD/INFE), que cuenta con miembros de 130 países, ha estudiado las mejores prácticas de todo el mundo y ha elaborado un marco para los encargados de formular políticas y otras entidades que colaboran en la promoción del emprendimiento (p. ej., ONG, cámaras de comercio) con el fin de ayudarlos a elaborar o mejorar estrategias de educación financiera para las MYPE y a evaluar sus conocimientos financieros. Véase OCDE/INFE, *Core Competencies Framework on Financial Literacy for MSMEs*, 2018. Además, un foro internacional especializado en el acceso de las MIPYME a la financiación ha creado una plataforma para promover el intercambio de conocimientos, los estudios y la puesta en común de las mejores prácticas en materia de financiación de las PYME. Véase el Foro de Financiación de las PYME en www.smefinanceforum.org/about/what-we-do.

⁵⁵⁰ Véase OCDE, documento de debate, Conferencia Ministerial sobre las PYME, 22 y 23 de febrero de 2018 (nota 8 *supra*), pág. 19.

⁵⁵¹ El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la secretaría no ha podido encontrar más ejemplos concretos de canales para facilitar el intercambio de información sobre el acceso al crédito entre los financiadores y las MYPE (A/CN.9/1084, párr. 65).

⁵⁵² CFI/Banco Mundial, *Closing the Credit Gap for Formal and Informal Micro, Small, and Medium Enterprises*, pág. 17.

sensibilizar a los financiadores de la pertinencia que las prácticas de concesión responsable de préstamos también tienen en el caso de las MYPE⁵⁵³.

269. Las iniciativas de fortalecimiento de la capacidad de los financiadores pueden organizarse bajo los auspicios de los organismos reguladores centrales⁵⁵⁴ o de las autoridades públicas competentes⁵⁵⁵ e incluir programas de formación para los responsables de los departamentos que se encargan de MYPE, entre otros, como programas de formación de formadores; aprendizaje entre pares, o servicios de asesoramiento. Además, los proveedores de servicios financieros deberían diseñar programas internos específicos, como talleres o actividades de capacitación en el empleo, a fin de mejorar continuamente los conocimientos y habilidades del personal para tratar con las MYPE⁵⁵⁶.

270. Al igual que en el caso de la impartición de conocimientos financieros a las MYPE, algunas organizaciones internacionales⁵⁵⁷ también ofrecen apoyo para fortalecer la capacidad de los financiadores para atender a las MYPE mediante actividades de asistencia técnica⁵⁵⁸ que van desde talleres presenciales o a través de Internet, formación en el empleo para directores de sucursales y oficiales encargados de los préstamos y otros oficiales sobre todos los aspectos pertinentes de los préstamos a las MYPE y programas mundiales de asesoramiento para instituciones financieras hasta materiales de orientación *ad hoc*. Cabe citar la *Guía de prácticas de la CNUDMI relativa a la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias* como un ejemplo de orientación de esa índole que, entre otras cosas, explica bien a los prestamistas y a los prestatarios, incluidas las MYPE, el modo en que las operaciones respaldadas por garantías mobiliarias pueden facilitar el acceso al crédito a un costo razonable.

c) Fortalecimiento de la capacidad de los organismos reguladores

271. Los organismos reguladores y supervisores desempeñan una función destacada a la hora de facilitar el acceso de las MYPE al crédito. Deben ser capaces de crear y mantener un entorno propicio para conceder préstamos a las MYPE, fomentar la competencia entre las instituciones financieras para atender a las MYPE y supervisar la aplicación de los regímenes de información crediticia y sistemas de pago, o la transparencia en los préstamos⁵⁵⁹. Además, en los últimos años, una tendencia mundial incipiente de reforma ha hecho que las instituciones financieras se alejen cada vez más de los préstamos relacionales y se centren en los préstamos basados en operaciones,

⁵⁵³ En su 37º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en incorporar en la sección del proyecto de guía relativa al fortalecimiento de la capacidad un análisis de los siguientes aspectos: i) las mejores prácticas en materia de concesión de préstamos, incluidas las prácticas de concesión responsable de préstamos (A/CN.9/1090, párr. 47), y ii) el fortalecimiento de la capacidad de los financiadores de hacer un seguimiento de los préstamos y asesorar a las MIPYME (A/CN.9/1090, párr. 92). La secretaría ha añadido este párrafo para dar cumplimiento a esa decisión.

⁵⁵⁴ Por ejemplo, el Banco de la Reserva de la India ha creado una misión nacional de fortalecimiento de la capacidad de los directores de bancos para financiar el sector de las MIPYME, que abarca iniciativas de capacitación que incluyen, entre otras, actividades de formación de formadores, destinadas al personal a cargo de las dependencias que se ocupan de las MIPYME y los directores de las sucursales especializadas en MIPYME de los bancos comerciales. Véase www.bis.org/review/r170629g.htm.

⁵⁵⁵ Por ejemplo, en Zambia, la Estrategia Nacional de Inclusión Financiera 2017-2022, entre otras, tiene por objetivo fortalecer la capacidad de los financiadores para conceder préstamos a las MIPYME, en particular las agrícolas. Véase www.boz.zm/National-Financial-Inclusion-Strategy-2017-2022.pdf.

⁵⁵⁶ Véase Alianza para la Inclusión Financiera, *Financial Education for the MSMEs: Identifying MSME Educational Needs*, 2020, pág. 7.

⁵⁵⁷ Véanse, por ejemplo, las iniciativas de fortalecimiento de la capacidad del Banco Mundial, la CFI y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, citadas en los párrs. 200 y 201 del documento A/CN.9/WG.I/WP.124.

⁵⁵⁸ Por ejemplo, el Banco Mundial, entre otros, ha ayudado a la República Democrática Popular Lao a establecer un programa que apoya el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la financiación y fortalece la capacidad de los bancos y otras instituciones financieras para atender a esas empresas.

⁵⁵⁹ La secretaría ha eliminado la referencia al fortalecimiento de la capacidad de los organismos reguladores en relación con los mecanismos de financiación informales (las dos últimas oraciones del párr. 249 del documento A/CN.9/WG.I/WP.126) tal como pidió el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 93).

lo que exige que los organismos reguladores desarrollen competencias técnicas adicionales para supervisar la conducta de las instituciones financieras. Por último, la creciente elaboración de normas financieras en foros internacionales, con el fin de garantizar la estabilidad financiera mundial, exige también que los organismos reguladores mejoren sus conocimientos y su capacidad para aplicar eficazmente esas normas una vez aprobadas por el Estado.

272. Por ello, para responder adecuadamente a las múltiples demandas del sector financiero, los organismos reguladores deben contar con un conjunto diverso de competencias y actualizarlas con el tiempo. Los Estados pueden apoyar a los organismos reguladores a través de mecanismos que evalúen periódicamente sus necesidades cambiantes en materia de fortalecimiento de la capacidad y colmen cualquier carencia con una serie de instrumentos complementarios. Por ejemplo, la participación en foros internacionales permite el aprendizaje entre pares, ya que facilita la difusión de normas internacionales y la puesta en común de mejores prácticas. La elaboración de orientaciones técnicas es especialmente eficaz cuando se introducen en el mercado nuevos productos financieros o tras la aplicación de reformas legales y reglamentarias. Como se ha señalado anteriormente (véase el párr. 82), los espacios de microsimulación regulatoria también ofrecen a los organismos reguladores un entorno protegido valioso en los que pueden aprender de los nuevos productos y proveedores de crédito, en particular las empresas de tecnofinanzas conexas, y mejorar su capacidad para ajustar el marco regulador existente a las necesidades cambiantes del sector financiero⁵⁶⁰. Los talleres y seminarios, ya sean en línea o presenciales, permiten aumentar los conocimientos de los organismos reguladores con la asistencia de expertos y profundizar en temas concretos. Una vez más, las organizaciones y redes internacionales⁵⁶¹ pueden desempeñar una función fundamental para complementar las iniciativas regionales y de cada país. Además de organizar seminarios y conferencias y preparar orientaciones técnicas y publicaciones, pueden facilitar la cooperación internacional entre los organismos reguladores del sector financiero⁵⁶² y asociarse con Estados y entidades regionales para ofrecer asistencia técnica y programas de asesoramiento adaptados a las necesidades de un país o región concretos.

⁵⁶⁰ La secretaría ha añadido una referencia a la función de aprendizaje de los espacios de microsimulación regulatoria tal y como sugirió el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/1090, párr. 93).

⁵⁶¹ Recientemente también ha surgido una cooperación regional para el fortalecimiento de la capacidad regulatoria sobre el acceso de las MYPE al crédito. Por ejemplo, en un evento internacional de fortalecimiento de la capacidad celebrado por la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) de Costa Rica y la Alianza para la Inclusión Financiera (AFI) celebrado a finales de 2020 participaron 89 altos funcionarios de 44 instituciones miembros de la AFI; el evento tomó como base varios productos de conocimiento sobre la financiación de las PYME, incluida una nota de orientación y una hoja informativa sobre la COVID-19 en los países miembros de la AFI. El Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (APEC) ha creado un grupo consultivo sobre el fortalecimiento de la capacidad del sistema financiero que, desde 2011, publica informes anuales sobre las reformas de las políticas de las economías miembros, incluidos los avances regulatorios para aumentar el acceso de las MIPYME a la financiación (véase APEC, “2021 Progress Report of APFF, APFIF and APIP”, *passim*). La Unión Europea ha cooperado con la Organización de Estados de África, el Caribe y el Pacífico en una serie de proyectos, como el Programa de Microfinanciación ACP-UE, el Apoyo de la UE al Diálogo de Políticas sobre el Clima de Inversión o la Iniciativa del Banco Europeo de Inversiones para el Acceso de las PYME a la Financiación.

⁵⁶² Véase, por ejemplo, Banco de Pagos Internacionales, “The policy life cycle and capacity-building needs of financial sector authorities”, discurso principal de Agustín Carstens, 2018, disponible en: www.bis.org/speeches/sp180208.htm.