CNUDMI

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

CNUDMI Anuario

Volumen XXXV: 2004

NACIONES UNIDAS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

ANUARIO

Volumen XXXV: 2004

NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2010

NOTA

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

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

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

A/CN.9/SER.A/2004

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
Número de venta: S.08.V.8
ISBN: 978-92-1-333398-3
ISSN 0251-4273

Índice

Página

INTRODUCCIÓN vii

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

TRIGÉSIMO SÉPTIMO PERÍODO DE SESIONES (2004) 3

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004) (A/59/17) 3

B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo sobre su 51º período de sesiones (TD/B/51/8 (Vol. I)) 54

C. Asamblea General: Informe de la Sexta Comisión relativo al informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones (A/59/509) 55

D. Resoluciones de la Asamblea General 59/39 y 59/40 de 2 de diciembre de 2004 57

Segunda parte. Estudios e informes sobre temas concretos

I . RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA. 65

A. Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su 29º período de sesiones (Viena, 1º a 5 de septiembre de 2003) (A/CN.9/542) 65

B. Nota de la Secretaría acerca del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia: glosario, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 29º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.67) 96

C. Nota de la Secretaría acerca del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 29º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.68) 107

D. Informe del Grupo de Trabajo V sobre el Régimen de la Insolvencia sobre la labor de su 30º período de sesiones (Nueva York, 29 de marzo a 2 de abril de 2004) (A/CN.9/551) 113

E. Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 30º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.70) 149

F. Nota de la Secretaría sobre el régimen aplicable a las garantías reales en el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 30º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.71) . . 430

G. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 30º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.72) 448

H. Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su segundo período de sesiones conjunto (Nueva York, 26 a 29 de marzo de 2004) (A/CN.9/550) 456

I. Informe sobre el 5º Coloquio Judicial UNCITRAL-INSOL sobre la Insolvencia Transfronteriza, 2003 (A/CN.9/554) 463

Página

J. Proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia: Compilación de las observaciones presentadas por organizaciones internacionales (A/CN.9/558 y A/CN.9/558/Add.1) . . . 468

K. Proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia: textos revisados de A/CN.9/WG.V/WP.70 (A/CN.9/559 y Add.1 a 3) 487

II. ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL. 529

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor de su 39º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de noviembre de 2003) (A/CN.9/545) 529

B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 39º período de sesiones: Solución de controversias comerciales: Medidas cautelares. Nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.125) 563

C. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 40º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de febrero de 2004) (A/CN.9/547). 577

D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 40º período de sesiones: solución de controversias comerciales: Medidas cautelares - Régimen de la responsabilidad. Nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.127) 610

E. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 40º período de sesiones: Solución de controversias comerciales: Medidas cautelares. Nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.128) 622

F. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 40º período de sesiones: Solución de controversias comerciales: Medidas cautelares. Propuesta de la Cámara de Comercio Internacional (A/CN.9/WG.II/WP.129) 635

III. DERECHO DEL TRANSPORTE 641

A. Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 12º período de sesiones (Viena, 6 a 17 de octubre de 2003) (A/CN.9/544). 641

B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 12º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [marítimo] de mercancías: Adición a la recopilación de las respuestas recibidas a un cuestionario sobre el transporte de puerta a puerta y de observaciones suplementarias de los Estados y de las organizaciones internacionales en relación con el proyecto de instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1) 701

C. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 12º período de sesiones: Proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. Nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.32) 712

D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 12º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [por mar] de mercancías: Propuesta de los Países Bajos sobre la aplicación de puerta a puerta del instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.33). 791

E. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 12º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte de mercancías [por mar]: Propuesta de los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.III/WP.34) 806

F. Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 13º período de sesiones (Nueva York, 3 a 14 de mayo de 2004) (A/CN.9/552) 821

G. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 13º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. Nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.36) 864

H. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 13º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Propuesta de China (A/CN.9/WG.III/WP.37) 883

Página

IV. COMERCIO ELECTRÓNICO 889

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor realizada en su 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003) (A/CN.9/546) 889

B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 42º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención. Nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.103) 926

C. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 42º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: Información de antecedentes. Nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.104 y Add.1 a 4) 946

D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 42º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: Disposiciones para un proyecto de convención: Observaciones de la Cámara de Comercio Internacional (A/CN.9/WG.IV/WP.105) 1001

E. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 42º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: Disposiciones para un proyecto de convención: Observaciones de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (A/CN.9/WG.IV/WP.106) 1003

F. Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor realizada en su 43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004) (A/CN.9/548) 1004

G. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 43º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: Disposiciones para un proyecto de convención. Nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.108) 1038

V. GARANTÍAS REALES 1057

A. Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su cuarto período de sesiones (Viena, 8 a 12 de septiembre de 2003) (A/CN.9/543) 1057

B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su cuarto período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas. Informe del Secretario General (A/CN.9/WG.VI/WP.9 y Add.1 a 4, Add.6 a 8) 1085

C. Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su segundo período de sesiones conjunto (Nueva York, 26 y 29 de marzo de 2004) (A/CN.9/550) 1196

D. Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su quinto período de sesiones (Nueva York, 22 a 25 de marzo de 2004) (A/CN.9/549) 1197

E. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su quinto período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas. Informe del Secretario General (A/CN.9/WG.VI/WP.11 y Add.1 y 2) 1216

VI. POSIBLE LABOR FUTURA 1257

Posible labor futura en materia de contratación pública (tema 9 del programa provisional) (A/CN.9/553) 1257

VII. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SOBRE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI (CLOUT) 1277

VIII. FORMACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA 1279

Formación y asistencia técnica. Nota de la Secretaría (A/CN.9/560) 1279

IX. SITUACIÓN DE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI 1291

Situación actual de las convenciones y leyes modelo (A/CN.9/561) 1291

Página

X. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN 1293

A. Coordinación de tareas: actividades de las organizaciones internacionales en materia de garantías reales. Nota de la Secretaría (A/CN.9/565) 1293

B. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca del Coloquio sobre fraude comercial internacional (A/CN.9/555) 1303

XI. OTRAS CUESTIONES 1323

La cooperación entre las Naciones Unidas y los agentes no estatales, en particular el sector privado: evolución reciente en las Naciones Unidas y posibles consecuencias para la labor de la Comisión. Nota de la Secretaría (A/CN.9/564) 1323

Tercera parte. Anexos

I. GUÍA LEGISLATIVA DE LA CNUDMI SOBRE EL RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA. 1329

II. NOTA EXPLICATIVA DE LA SECRETARÍA DE LA CNUDMI SOBRE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL (A/CN.9/557) 1331

III. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTEMENTE PUBLICADAS RELATIVAS A LA LABOR DE LA CNUDMI. NOTA DE LA SECRETARÍA (A/CN.9/566) 1351

IV. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL 1353

IV. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI REPRODUCIDOS EN VOLÚMENES ANTERIORES DEL *ANUARIO*. 1363

INTRODUCCIÓN

El presente es el 35º volumen de la serie de *Anuarios* de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)[1].

Este volumen consta de tres partes. La primera parte contiene el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 14 al 25 de junio de 2004, y las decisiones adoptadas sobre el mismo por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la Asamblea General.

La segunda parte reproduce la mayoría de los documentos examinados por la Comisión en su 37º período de sesiones. Entre estos documentos figuran los informes de los Grupos de Trabajo de la Comisión, así como los estudios, informes y notas que les fueron presentados por el Secretario General y la Secretaría. En esta segunda parte figuran asimismo algunos de los documentos de trabajo que se prepararon para los Grupos de Trabajo.

La tercera parte contiene la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, con las correspondientes actas resumidas; la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo sobre Conciliación comercial Internacional y una bibliografía de escritos recientes relativos a la labor de la Comisión, una lista de los documentos presentados al 35º período de sesiones de la Comisión y la lista de los documentos relativos a la labor de la Comisión que hayan sido reproducidos en los volúmenes anteriores del *Anuario*.

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

---

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

Volumen	*Años*	*Publicación de las Naciones Unidas Núm. de venta*
I	1968-1970	S.71.V.1
II	1971	S.72.V.4
III	1972	S.73.V.6
III Suplemento	1972	S.73.V.9
IV	1973	S.74.V.3
V	1974	S.75.V.2
VI	1975	S.76.V.5
VII	1976	S.77.V.1
VIII	1977	S.78.V.7
IX	1978	S.80.V.8
X	1979	S.81.V.2
XI	1980	S.81.V.8
XII	1981	S.82.V.6
XIII	1982	S.84.V.5
XIV	1983	S.85.V.3
XV	1984	S.86.V.2
XVI	1985	S.87.V.4
XVII	1986	S.88.V.4
XVIII	1987	S.89.V.4
XIX	1988	S.89.V.8
XX	1989	S.90.V.9
XXI	1990	S.91.V.6
XXII	1991	S.93.V.2
XXIII	1992	S.94.V.7
XXIV	1993	S.94.V.16
XXV	1994	S.95.V.20
XXVI	1995	S.96.V.8
XXVII	1996	S.98.V.7
XXVIII	1997	S.99.V.6

XXIX	1998	S.99.V.12
XXX	1999	S.00.V.9
XXXI	2000	S.02.V.3
XXXII	2001	S.04.V.4
XXXIII	2002	S.05.V.13
XXXIV	2003	.....

Primera parte

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

TRIGÉSIMO SÉPTIMO PERÍODO DE SESIONES (2004)

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004)

(A/59/17) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Organización del período de sesiones	3-11
	A. Apertura del período de sesiones	3
	B. Composición y asistencia	4-8
	C. Elección de la Mesa	9
	D. Programa	10
	E. Aprobación del informe	11
III.	Finalización y adopción del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	12-55
	Primera parte. Elaboración de los objetivos fundamentales y la estructura de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente	12-14
	Segunda parte. Disposiciones fundamentales para un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente	15-55
IV.	Arbitraje: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo II	56-61
V.	Derecho del transporte: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo III	62-66
VI.	Comercio electrónico: informe sobre la marcha de los trabajos del Grupo de Trabajo IV	67-72
VII.	Garantías reales: informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo VI	73-78
VIII.	Futura labor en materia de contratación pública	79-82
IX.	Seguimiento legislativo de la Convención de Nueva York	83-84

X. Jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI y compendios de jurisprudencia relativos a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y a otros textos de derecho uniforme 85-91

A. Jurisprudencia 85-86

B. Compendio de jurisprudencia relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y otros textos uniformes 87-91

XI. Capacitación y asistencia técnica: seguimiento de la evaluación en profundidad de la labor de la secretaría de la Comisión en materia de capacitación y asistencia técnica 92-96

XII. Situación y promoción de los textos jurídicos de la CNUDMI 97-99

XIII. Resoluciones pertinentes de la Asamblea General 100-102

A. Resoluciones 58/75 y 58/76 100

B. Resolución 58/270 101-102

XIV. Coordinación y cooperación: seguimiento de la evaluación en profundidad de la labor de la secretaría de la comisión en materia de coordinación y cooperación 103-115

A. Coordinación de la labor en materia de garantías reales 103-107

B. Coloquio internacional sobre el fraude comercial 108-112

C. Aplicación de la resolución 58/75 de la Asamblea General y del informe de la Oficina de Servicios de Supervisión Interna 113-115

XV. Otros asuntos 116-131

A. Cooperación entre las Naciones Unidas y los agentes no estatales, en particular el sector privado 116-117

B. Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis 118

C. Sitio de la CNUDMI en Internet 119

D. Bibliografía 120

E. Limitación de la documentación 121-128

F. Actas resumidas 129-130

G. Marco estratégico propuesto para el período 2006-2007 131

XVI. Lugar y fecha de futuras reuniones 132-137

A. Debate general sobre la duración de los períodos de sesiones 132-134

B. 38º período de sesiones de la Comisión 135

C. Calendario de los períodos de sesiones de los Grupos de Trabajo hasta el 38º período de sesiones de la Comisión 136

D. Calendario de los períodos de sesiones de los Grupos de Trabajo en 2005, después del 38º período de sesiones de la Comisión 137

I. Introducción

1. El presente informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) abarca el 37º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Nueva York del 14 al 25 de junio de 2004.

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

II. Organización del período de sesiones

A. Apertura del período de sesiones

3. La Comisión inició su 37º período de sesiones el 14 de junio de 2004.

B. Composición y asistencia

4. La Asamblea General, en su resolución 2205 (XXI), estableció la Comisión con 29 Estados, elegidos por la Asamblea. En su resolución 3108 (XXVIII), de 12 de diciembre de 1973, la Asamblea aumentó de 29 a 36 el número de miembros de la Comisión. En su resolución 57/20, de 19 de noviembre de 2002, la Asamblea aumentó de 36 a 60 el número de miembros de la Comisión. Los actuales miembros de la Comisión, elegidos el 16 de octubre de 2000 y el 17 de noviembre de 2003, son los Estados siguientes, cuyo mandato expira el último día antes del comienzo del período de sesiones anual de la Comisión del año que se indica[1]: Alemania (2007), Argelia (2010), Argentina (2007), Australia (2010), Austria (2010), Belarús (2010), Bélgica (2007), Benin (2007), Brasil (2007), Camerún (2007), Canadá (2007), Chile (2007), China (2007), Colombia (2010), Croacia (2007), Ecuador (2010), España (2010), Estados Unidos de América (2010), Federación de Rusia (2007), Fiji (2010), Francia (2007), Gabón (2010), Guatemala (2010), India (2010), Irán (República Islámica del) (2010), Israel (2010), Italia (2010), Japón (2007), Jordania (2007), Kenya (2010), la ex República Yugoslava de Macedonia (2007), Líbano (2010), Lituania (2007), Madagascar (2010), Marruecos (2007), México (2007), Mongolia (2010), Nigeria (2010), Pakistán (2010), Paraguay (2010), Polonia (2010), Qatar (2007), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2007), República Checa (2010), República de Corea (2007), Rwanda (2007), Serbia y Montenegro (2010),

[1] De conformidad con la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, los miembros de la Comisión se eligen para un período de seis años. De los actuales miembros, 17 fueron elegidos por la Asamblea General en su quincuagésimo quinto período de sesiones, el 16 de octubre de 2000 (decisión 55/308), y 43 fueron elegidos por la Asamblea en su quincuagésimo octavo período de sesiones, el 17 de noviembre de 2003 (decisión 58/407). En su resolución 31/99, la Asamblea modificó las fechas del inicio y terminación del mandato de sus miembros al decidir que los miembros asumirían sus funciones al comienzo del primer día del período ordinario anual de sesiones de la Comisión que se celebrara después de su elección y que sus mandatos expirarían el último día anterior a la apertura del séptimo período ordinario anual de sesiones de la Comisión que se celebrara después de su elección.

Sierra Leona (2007), Singapur (2007), Sudáfrica (2007), Sri Lanka (2007), Suecia (2007), Suiza (2010), Tailandia (2010), Túnez (2007), Turquía (2007), Uganda (2010), Uruguay (2007), Venezuela (2010) y Zimbabwe (2010).

5. Excepción hecha de Argentina, Benin, Ecuador, Fiji, Gabón, Israel, la ex República Yugoslava de Macedonia, Líbano, Paraguay, Polonia, Sudáfrica, Uruguay y Zimbabwe, todos los miembros de la Comisión estuvieron representados en el período de sesiones.

6. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Bolivia, Camboya, Dinamarca, Eslovaquia, Filipinas, Grecia, Indonesia, Jamahiriya Árabe Libia, Kuwait, Santa Sede, Ucrania y Viet Nam.

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

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI);

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Asian-African Legal Consultative Organization, la Comunidad Europea, y el Comité Consultivo Internacional del Algodón;

c) *Organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión*: American Bar Association, American Bar Foundation, Asociación Árabe para el Arbitraje Internacional, Asociación Internacional de Abogados, Asociación Internacional de Especialistas en Casos de Insolvencia, Center for International Legal Studies, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, Comité Marítimo Internacional, Forum for International Commercial Arbitration, Global Center for Dispute Resolution Research, Groupe de réflexion sur l´insolvabilité et sa prévention, Institute of International Banking Law and Practice, INSOL International, la Asociación Internacional de Abogados, International Insolvency Institute, y la Unión Internacional de Abogados.

8. La Comisión celebró la participación de las organizaciones no gubernamentales internacionales con conocimientos respecto de importantes temas del programa. Su participación tenía importancia decisiva para la calidad de los textos formulados por la Comisión, por lo que pidió a la Secretaría que siguiera invitando a esas organizaciones a sus períodos de sesiones (véanse también los párrafos 114, 116 y 117 *infra*).

C. Elección de la Mesa

9. La Comisión eligió la siguiente Mesa:

Presidente:	Wisit Wisitsora-At (Tailandia)
Vicepresidentes:	Ricardo Sandoval López (Chile) Petar Šarčević (Croacia) Simon Onekutu (Nigeria)
Relator:	David Morán Bovio (España)

D. Programa

10. El programa del período de sesiones, aprobado por la Comisión en su 776ª sesión, celebrada el 14 de junio de 2004, fue el siguiente:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Conclusión y aprobación del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia.
5. Arbitraje: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo II.
6. Derecho del transporte: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo III.
7. Comercio electrónico: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo IV.
8. Garantías reales: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo VI.
9. Posible labor futura en materia de contratación pública.
10. Seguimiento legislativo de la Convención de Nueva York de 1958.
11. Jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI, compendios de jurisprudencia relativos a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y otros textos de derecho uniforme.
12. Capacitación y asistencia técnica. Seguimiento de la evaluación en profundidad de la labor de la secretaría de la Comisión en materia de capacitación y asistencia técnica.
13. Situación actual de los textos jurídicos de la CNUDMI y labor de promoción de esos textos.
14. Resoluciones de la Asamblea General de interés para la CNUDMI.
15. Coordinación y cooperación. Seguimiento de la evaluación en profundidad de la labor de la secretaría de la Comisión en materia de coordinación y cooperación.
16. Otros asuntos.
17. Lugar y fecha de futuras reuniones.
18. Aprobación del informe de la Comisión.

E. Aprobación del informe

11. En sus sesiones 787ª, 792ª y 793ª, celebradas el 21 y el 25 de junio de 2004, la Comisión aprobó por consenso el presente informe.

III. Finalización y adopción del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

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

12. La Comisión examinó las recomendaciones y el comentario (A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I)) y las propuestas de revisión de las recomendaciones (A/CN.9/559/Add.1) y del comentario (A/CN.9/559/Add.2).

13. La Comisión aprobó el contenido de la primera parte del proyecto de guía, inclusive las propuestas de enmienda (A/CN.9/559/Add.1 y 2), con las revisiones siguientes:

a) supresión de las palabras “, distintas de las judiciales,” en la última oración del párrafo 4 del documento A/CN.9/559/Add.2;

b) inserción, al final del párrafo 9 (A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I)) de un texto del siguiente tenor: “Cuando ese mecanismo legal no sea aplicable a un deudor, éste y sus acreedores no estarán sujetos a la disciplina de tal mecanismo ni se beneficiarán de las salvaguardias que prevé”;

c) sustitución de las palabras “evitar dar prelación” por las palabras “reducir al mínimo el otorgamiento de prelación” en la última frase del párrafo 21 (A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I)), para paliar el problema señalado de que la última oración de ese párrafo no reflejaba la importancia real que las cuestiones sociales y políticas revisten en todo régimen de la insolvencia y de que convenía revisarla;

d) inserción, al comienzo del párrafo 75 (A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I)) y a continuación de la frase “el régimen de la insolvencia puede prever, por ejemplo,”, de un texto del siguiente tenor: “asignar funciones específicas a otros participantes, como el representante de la insolvencia y los acreedores, o a alguna otra autoridad, como los órganos reguladores de la insolvencia o de la actividad empresarial”;

e) inserción, al final de la primera parte, de un resumen general sobre la labor que llevan a cabo otras organizaciones internacionales para fortalecer la infraestructura institucional, en cumplimiento de lo solicitado por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en su 30º período de sesiones (véase A/CN.9/551, párr. 115).

14. Se planteó si debía interpretarse que la última oración del párrafo 41 del documento A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I) significaba que un acuerdo de subordinación que se hubiera celebrado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia quedaría anulado una vez que éste se iniciara. La Comisión señaló que los Grupos de Trabajo V y VI habían convenido, como principio general, en que en el procedimiento de insolvencia debería respetarse todo acuerdo de subordinación pero que las partes no podrían estipular una prelación superior a la que se concediera en el régimen de insolvencia (véase A/CN.9/550, párr. 20). Se señaló asimismo que el contenido de esa conclusión se plasmaría en la sección B del capítulo V del proyecto de guía, que trata de la prelación, y se convino en que cabría agregar una nota apropiada al párrafo 41.

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

15. La Comisión examinó las recomendaciones y el comentario (A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II)), así como las propuestas de revisión de las recomendaciones y del comentario (A/CN.9/559/Add.1 a 3).

16. La Comisión aprobó el contenido de la sección A del capítulo I (Condiciones de admisibilidad y jurisdicción), inclusive las enmiendas propuestas (A/CN.9/559/Add.1), y convino en que, si se enmendaba correctamente, se mantuviera la nota de pie de página 1 correspondiente al párrafo 87 del documento A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II), a fin de explicar el alcance de la expresión "actividades comerciales" en el proyecto de guía.

17. La Comisión aprobó el contenido de la sección B del capítulo I (Apertura del procedimiento), inclusive las enmiendas propuestas (A/CN.9/559/Add.1), y convino en que debía quedar claro en el comentario que en el apartado b) de la recomendación 13, en su forma enmendada, se enunciaban las principales vías de acción de que dispondría el deudor, sin que la enumeración fuera exhaustiva. La Comisión aprobó que, al final del párrafo 143 del documento A/CN.9/WG.V/WP.70, se insertara un texto del siguiente tenor: "Los acreedores que no hayan solicitado la apertura del procedimiento tendrán un interés evidente en que se les notifique la apertura de tal procedimiento".

18. La Comisión aprobó el contenido de la sección C del capítulo I (Derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia), inclusive las enmiendas propuestas (A/CN.9/559/Add.1), y tomó nota de que el Grupo de Trabajo V había convenido en trasladar a la primera parte del proyecto de guía la recomendación 179, que figuraba en el capítulo sobre la ley aplicable, y en sustituir la expresión "derecho general" por "otras disposiciones legales al margen del régimen de la insolvencia", a fin de dar coherencia al texto del proyecto de guía.

19. La Comisión aprobó el contenido de la sección A del capítulo II (Bienes que constituyen la masa de la insolvencia), inclusive las propuestas de revisión (A/CN.9/559/Add.1).

20. La Comisión aprobó el contenido de la sección B del capítulo II (Protección y conservación de la masa de la insolvencia), inclusive las enmiendas propuestas (A/CN.9/559/Add.1), con las siguientes modificaciones:

a) revisión del encabezamiento de la recomendación 31 para que reflejara más cabalmente su contenido;

b) revisión de la recomendación 33 a fin de incluir la revocación de las medidas cautelares cuando prosperara la impugnación conforme a la recomendación 31;

c) inversión del orden de las recomendaciones 38 y 39;

d) mantenimiento del texto del apartado d) de la recomendación 27 y de la recomendación 38 eliminando los corchetes;

e) inserción, al final del párrafo 215, de un texto del siguiente tenor: "Con este método se reduciría la complejidad propia de la valoración continua de los bienes gravados que pudiera requerirse en virtud del primer criterio arriba expuesto".

21. Ante la objeción de que el apartado b) de la recomendación 34, en su forma revisada (A/CN.9/559/Add.1), no debiera surtir el efecto de impedir la ejecución de una garantía real en el marco de una liquidación, se respondió que tal problema podía abordarse en la recomendación 35, en la que se prevén posibles excepciones a la paralización.

22. La Comisión aprobó el contenido de la sección C del capítulo II (Utilización y disposición de los bienes), inclusive las propuestas de revisión (A/CN.9/559/Add.1), con las siguientes enmiendas:

a) supresión de las palabras "y de los que sean propiedad de terceros", en el apartado a) de la cláusula relativa a la finalidad de las disposiciones (véase A/CN.9/559/Add.1), e inserción de un nuevo apartado cuyo enunciado fuera "permitir la utilización de bienes que sean propiedad de terceros y establecer las condiciones en que podrán usarse";

b) mantenimiento del texto del apartado b) de la recomendación 40B, suprimiendo los corchetes;

c) mantenimiento de las palabras "utilización" y "disposición" en la recomendación 43A y aclaración en el comentario de que el acreedor garantizado al que se alude en el apartado a) tiene que haber constituido una garantía real sobre el producto en efectivo;

d) inserción, antes de la última frase del párrafo 234, de un texto del siguiente tenor: "Cuando un representante de la insolvencia renuncie a un bien de la masa en beneficio de un acreedor garantizado, el régimen de la insolvencia podrá disponer que el valor de ese bien se deduzca del crédito del acreedor garantizado".

23. Se objetó que la obligación de notificar a todos los acreedores, prevista en la recomendación 41, podría resultar onerosa. La Comisión señaló que, según la recomendación 117, en el régimen de la insolvencia se podría facultar al comité de acreedores para vender ciertos bienes. Se convino en que, en tal caso, se considerara que con el envío de una notificación al comité de acreedores se cumpliría el requisito previsto en la recomendación 41, y en que esta aclaración se especificara en el comentario sobre la sección C. Se convino, además, en que las palabras "la venta de bienes importantes" en la recomendación 117, se sustituyeran por ventas "no realizadas en el curso ordinario de los negocios".

24. La Comisión aprobó el contenido de la sección D del capítulo II (Financiación posterior a la apertura del procedimiento), inclusive las propuestas de revisión (A/CN.9/559/Add.1 y 2), con las siguientes modificaciones:

a) enmienda de la última frase de la recomendación 49, a fin de indicar que el régimen de la insolvencia podría requerir que el tribunal autorizara la concesión de crédito tras la apertura del procedimiento o que los acreedores (o el comité de acreedores) consintieran en ello;

b) inserción, al final del párrafo 243, de un texto del siguiente tenor: "Este riesgo debe sopesarse teniendo en cuenta la posibilidad de que esos acreedores se beneficien de la preservación del valor de la empresa como negocio en marcha al permitirle seguir funcionando".

25. La Comisión aprobó el contenido de la sección E del capítulo II (Régimen aplicable a los contratos), inclusive las modificaciones propuestas (A/CN.9/559/Add.1), a reserva de que:

a) se incluyera, en la recomendación 56 y en los párrafos pertinentes del comentario, una referencia a las cláusulas de vencimiento anticipado;

b) se suprimieran los corchetes de las palabras "ser oída por el tribunal", en la recomendación 62;

c) se suprimieran los corchetes en el encabezamiento de la recomendación 66;

d) se mantuvieran, sin corchetes, las palabras "al precio contractual del cumplimiento", en el apartado a) de la recomendación 66, y se eliminaran las palabras "a los beneficios conferidos a la masa conforme al contrato";

e) se suprimiera el texto que figuraba entre corchetes en el apartado d) de la recomendación 70.

26. Frente a la objeción de que la recomendación 56 no se ajustaba a lo que disponían las cláusulas de extinción automática en muchos países, se recordó que el Grupo de Trabajo había decidido subrayar la importancia de dejar sin efecto esas cláusulas para proteger el valor de la masa de la insolvencia y de velar por el mantenimiento de los contratos en beneficio de la reorganización. Se observó que tal vez convendría explicar mejor en el comentario el requisito de subsanar el incumplimiento de un contrato a que se aludía en la recomendación 65.

27. La Comisión aprobó el contenido de la sección F del capítulo II (Procedimientos de impugnación), inclusive las propuestas de revisión (A/CN.9/559/Add.1), a reserva de las siguientes modificaciones:

a) mantenimiento de las palabras "acreedores potenciales" en el apartado a) de la recomendación 73 y en el párrafo 314;

b) supresión de la primera parte de la recomendación 80 hasta las palabras "gastos excesivos";

c) supresión del final de la recomendación 82, que debe concluir con las palabras "apertura del procedimiento de insolvencia", por considerarse que toda operación concertada antes de la apertura puede suponer una preferencia y que toda operación concertada durante un procedimiento de reorganización que posteriormente pase a ser de liquidación constituirá una operación realizada después de la apertura y que, por consiguiente, no estará sujeta al período de sospecha;

d) sustitución, en la segunda frase de la recomendación 83, de las palabras "el tribunal" por las palabras "el régimen de la insolvencia";

e) inserción, al final del párrafo 334, de un texto del siguiente tenor: "Por consiguiente, con excepción de las operaciones realizadas con propósito doloso, es sumamente conveniente que la duración de los períodos de sospecha sea

razonablemente breve, a fin de garantizar la seguridad en el comercio y de reducir las repercusiones negativas que las disposiciones de impugnación tendrán en la oferta de crédito y en su costo";

f) inserción, en el párrafo 341, de una referencia a la necesidad de entablar los procedimientos de impugnación en un plazo razonablemente breve, a fin de evitar incertidumbre y demoras.

28. La Comisión aprobó el contenido de la sección G del capítulo II (Derechos de compensación).

29. La Comisión aprobó el contenido de la sección H del capítulo II (Contratos financieros y compensación global por saldos netos), incluidas las propuestas de revisión (A/CN.9/559/Add.1), a reserva de los siguientes cambios:

a) inserción, al final del comentario, de la frase siguiente: "Las excepciones relativas a los contratos financieros deben redactarse de manera suficientemente amplia para proteger los intereses importantes de las partes que negocian en contratos financieros y para prevenir riesgos sistémicos";

b) inserción, en la primera frase de la cláusula de finalidad, de las palabras "sobre los mercados financieros", después de las palabras "en el contexto de las operaciones financieras".

30. La Comisión aprobó el contenido de la sección A del capítulo III (El deudor), inclusive las propuestas de revisión (A/CN.9/559/Add.1), a reserva de las siguientes modificaciones:

a) supresión de los corchetes en el texto de la recomendación 96;

b) enmienda de la recomendación 97A con un texto del siguiente tenor: "Cuando el deudor permanezca en posesión de la empresa, el régimen de la insolvencia debería especificar las funciones del representante de la insolvencia que podrá desempeñar el deudor en posesión de su empresa", con objeto de que no quepa inferir que el deudor en posesión de su empresa deberá gozar de todas las atribuciones de un representante de la insolvencia;

c) inserción, al final del párrafo 376, de un texto del siguiente tenor: "Cuando el régimen de la insolvencia prevea la posibilidad de que el deudor pueda mantener el control de su empresa, es conveniente que en dicho régimen se especifiquen las atribuciones y funciones del representante de la insolvencia que podrá ejercer el deudor que permanezca en posesión de su empresa";

d) agregación, en la primera frase del párrafo 387, de una referencia a los secretos profesionales.

31. La Comisión aprobó el contenido de la sección B del capítulo III (El representante de la insolvencia), inclusive las propuestas de revisión (A/CN.9/559/Add.1), a reserva de las siguientes modificaciones:

a) inserción, al final del apartado b) de la recomendación 100, de un texto del siguiente tenor: "o una persona empleada por el representante de la insolvencia cuando el conflicto de intereses o las circunstancias que puedan entrañar un conflicto de intereses o una falta de independencia se hagan patentes en el transcurso del procedimiento de insolvencia";

b) mantenimiento, en la recomendación 104, de las últimas palabras de su texto, eliminando los corchetes;

c) en el párrafo 402, inserción, al final de la segunda frase, de las palabras "o como auditor del deudor, respectivamente", y agregación, al final de la penúltima frase, de las palabras ", así como los tipos de relaciones que tenga una persona que la descalifiquen para el cargo de representante de la insolvencia".

32. La Comisión aprobó el contenido de la sección C del capítulo III (Los acreedores y su participación en el procedimiento de insolvencia), inclusive las propuestas de revisión (A/CN.9/559/Add.1), a reserva de las siguientes modificaciones:

a) en la recomendación 112, supresión de los corchetes del texto propuesto a fin de recalcar la importancia de que el régimen de la insolvencia especifique las cuestiones que habrán de tratarse en la primera reunión de los acreedores; supresión de la palabra "determinado"; e inserción en el texto del comentario de palabras que pongan debidamente de relieve la necesidad de que en el régimen de la insolvencia se especifiquen las cuestiones que deberán tratarse;

b) en cuanto a la redacción, en la segunda frase de la recomendación 112, supresión de las palabras "en general" y sustitución de las palabras "convocatoria de una reunión de acreedores" por las palabras "convocatoria de toda otra reunión de acreedores";

c) habida cuenta de los debates mantenidos sobre la recomendación 41 relativa a la utilización y disposición de los bienes, en el apartado b) de la recomendación 117, supresión de todo el texto que sigue a las palabras "del plan de reorganización", e inserción de un nuevo apartado con un texto del siguiente tenor: "recibir notificación y ser consultado acerca de toda cuestión en que la categoría de acreedores que represente tenga intereses, incluida la venta de bienes al margen del curso ordinario de los negocios";

d) en la primera frase del párrafo 443, después de las palabras "por conducto de un comité de acreedores", inserción de las palabras "o de cualquier otra forma de representación de los acreedores" y, en la cuarta frase del párrafo 469, inserción, después de las palabras "sin la aprobación previa del tribunal", de las palabras "o usando indebidamente toda información confidencial que hayan recibido como miembros del Comité".

33. La Comisión señaló que, para racionalizar el texto, se había revisado el comentario relativo a los niveles de participación de los acreedores y a sus funciones.

34. La Comisión aprobó el contenido de la Sección D del capítulo III, (Derecho de la parte interesada a ser oída y a apelar).

35. La Comisión convino en que podría ser útil adjuntar al proyecto de guía un anexo en el que figurara una lista o un índice de las recomendaciones y de los párrafos que trataban del régimen aplicable a las garantías reales en la insolvencia, sobre la base del documento A/CN.9/WG.V/WP.71.

36. La Comisión aprobó lo sustancial del capítulo IV, sección A (El plan de reorganización), incluidas las propuestas de revisión (A/CN.9/559/Add.3), a reserva de los siguientes cambios:

a) Recomendación 126: supresión de las palabras que figuran entre "que se someta" y "votar acerca de la aprobación del plan" de la primera frase para centrar la recomendación en la preparación de la nota informativa, y agregar la palabra "informativa" detrás de "nota", en la segunda frase;

b) Recomendación 127: supresión de la palabra "todo" (entre corchetes) y de las palabras que siguen a "accionistas", al final de la frase para asegurar que el plan y la nota informativa no sean únicamente accesibles a las personas que tengan derecho a votar sobre la aprobación del plan o a aquellas cuyos derechos resulten afectados o modificados por el plan;

c) Recomendación 128: supresión de los corchetes y mantenimiento del texto de los apartados a) y b); supresión del apartado c) y de la correspondiente llamada de pie de página 91a; y mantenimiento del texto del apartado f), eliminando los corchetes. Se observó que estaba previsto referirse, en el apartado d) de la recomendación 128, a la forma en que habrían de tratarse en el plan los bienes del deudor;

d) Recomendación 129, apartado a): eliminación de los corchetes y mantenimiento de su texto y enmendarlo de manera de ajustarlo a un "resumen" o "descripción del plan"; supresión del ejemplo que figura entre paréntesis en el apartado c); en el apartado f), supresión del primer texto entre corchetes y mantenimiento del segundo texto, eliminando los corchetes, respecto de medidas pertinentes para satisfacer todas las obligaciones del deudor;

e) Recomendación 130: inclusión de los accionistas en el ámbito de la recomendación;

f) Recomendaciones 130A a D: mantenimiento de las recomendaciones suprimiendo los corchetes;

g) Recomendación 130A: inclusión de los accionistas en el ámbito de la recomendación, agregando las palabras "o afectados" después de "modificados", y mantenimiento del texto "una oportunidad razonable de votar", eliminando los corchetes;

h) Recomendación 130B: inclusión de los accionistas en el ámbito de la recomendación, y supresión de la palabra "adversamente";

i) Recomendación 130C: sustitución del texto por palabras del siguiente tenor: "El régimen de insolvencia debe especificar que los acreedores con derecho a votar sobre la aprobación del plan deben clasificarse por separado con arreglo a sus derechos respectivos y que cada categoría debe votar por separado";

j) Recomendación 130D: inclusión de los accionistas en el ámbito de la recomendación, y mantenimiento de las palabras "el mismo trato", eliminando los corchetes;

k) Recomendación 133: supresión del texto entre corchetes en la primera frase relativa a la modificación de los derechos, eliminación de los corchetes, y mantenimiento del texto de la segunda frase respecto de los criterios para la aprobación del plan y de la especificación de una norma mínima respecto de la aprobación;

l) Recomendación 134: eliminación del primer texto entre corchetes relativo a la modificación de derechos, y mantenimiento de la referencia a los apartados a) a e) de la recomendación 138, eliminando los corchetes;

m) Recomendación 138: mantenimiento del texto del apartado a) respecto del grado de aprobación requerido, eliminar los corchetes; mantenimiento del texto en que se prevé que los acreedores percibirán "al menos lo equivalente a lo que hubieran percibido en un procedimiento de liquidación", en el apartado b); enmienda de la referencia, en la versión inglesa, a la expresión "contrario a derecho" en el apartado c); y enmienda del apartado e) con un texto del siguiente tenor: "Salvo en la medida en que las categorías de acreedores afectadas hayan convenido en lo contrario, si una categoría de acreedores ha votado contra el plan, esa categoría se reconocerá como tal, con arreglo al plan, en el régimen de insolvencia y en la distribución que se efectúe conforme al plan deberá tenerse en cuenta la prelación reconocida;";

n) Recomendación 142: mantenimiento del texto relativo al momento de enmendar el plan, eliminando los corchetes;

o) Recomendación 143: supresión del texto entre corchetes al comienzo de la segunda frase y mantenimiento, en la segunda frase, de ambas referencias a las partes "afectadas por la modificación";

p) Recomendación 145: supresión del apartado b) por cuanto podría interpretarse que confiere a ciertas partes amplios poderes para solicitar sin motivos el cambio de procedimiento, eliminación de los corchetes en el apartado f) y mantenimiento de la referencia a alguna violación "por el deudor", y sustitución de las palabras finales por el texto siguiente: "o alguna incapacidad para la ejecución del plan". La propuesta de añadir un texto al apartado f) del párrafo 145, en el sentido de que el tribunal debería considerar en primer lugar la posibilidad de modificar la conversión de un procedimiento de reorganización antes de un procedimiento de reorganización en liquidación no recibió apoyo suficiente.

37. Se propuso que se incluyera en el proyecto una recomendación que dijera que "El régimen de insolvencia deberá especificar que se considerará que toda categoría de acreedores o de accionistas que no se beneficie de la distribución con arreglo al plan ha rechazado el plan", a fin de reducir los gastos y las demoras al solicitar la aprobación del plan y de invocar las salvaguardias aplicables, conforme al régimen de la insolvencia, a los acreedores que voten contra el plan. Esa propuesta no contó con apoyo por cuanto se consideró que no debía privarse a los acreedores del derecho a votar y porque el hecho de considerar que los acreedores habían votado en contra del plan podría entrañar que quedaran sujetos a otras obligaciones.

38. La Comisión aprobó lo sustancial del capítulo IV, sección B, (Procedimiento de reorganización agilizado), incluidas las propuestas de revisión (A/CN.9/559/Add.3), a reserva de los siguientes cambios:

a) Recomendación 146: enmienda del apartado a) para asegurar que un deudor pueda solicitar el procedimiento agilizado no solamente cuando reúna las condiciones para solicitar una reorganización con arreglo a la recomendación 9, sino además cuando pueda cumplir el requisito de apertura enunciado en la recomendación 146 mediante la inclusión de las palabras "no pueda o" al comienzo del apartado; supresión, en el apartado b), de las palabras "y por cada acreedor

afectado que no forme parte de una categoría con derecho a votar"; e inserción de una recomendación 146A del siguiente tenor:

"El régimen de la insolvencia podrá especificar además que podrá iniciarse un procedimiento de reorganización agilizado a solicitud de todo deudor si:

a) las obligaciones del deudor exceden del valor de sus bienes o probablemente vaya a ser así; y

b) se cumplen los requisitos de los apartados b) y c) de la recomendación 146."

b) Recomendación 147: en el apartado c), sustitución de "acreedores privilegiados" por "acreedores no afectados"; supresión de la frase "como sería el caso de todo crédito fiscal o de la seguridad social o de todo crédito salarial"; eliminación de los corchetes y mantenimiento de la primera variante para requerir el asentimiento de los acreedores no afectados frente a toda modificación de sus derechos;

c) Recomendación 149: se observó que las palabras iniciales del apartado b) eran necesarias para permitir que el tribunal diera una mayor amplitud a los efectos de la apertura, no limitándolos a los acreedores afectados cuando, por ejemplo, fuera necesario adoptar medidas respecto de otros acreedores con el fin de proteger el patrimonio de la insolvencia;

d) Recomendación 150: mantenimiento de las referencias a los accionistas "afectados", eliminando los corchetes, y, al final de la primera frase, supresión de las palabras "por todos los medios disponibles";

e) Recomendación 151: armonización del apartado c) con las enmiendas convenidas respecto del correspondiente apartado c) de la recomendación 147.

39. La Comisión aprobó una enmienda de la recomendación 153, de manera que su texto fuera el siguiente: "El régimen de la insolvencia podrá especificar que cuando haya habido una violación sustancial del plan por parte del deudor o cuando no pueda ejecutarse el plan, el tribunal podrá dar por clausurado el procedimiento judicial y las partes interesadas podrán ejercer sus derechos con arreglo a la ley". Se convino además en que ese texto se agregara al proyecto como nueva recomendación después de la recomendación 145 por estimarse que podría haber situaciones en que sería más procedente clausurar el procedimiento que convertir la reorganización en liquidación.

40. La Comisión aprobó el contenido de la sección A del capítulo V (Régimen aplicable a los créditos de los acreedores), inclusive las propuestas de revisión (A/CN.9/559/Add.1), a reserva de las siguientes modificaciones:

a) en la segunda frase de la recomendación 162, supresión de los corchetes y, en la primera frase, supresión de las palabras "o a rechazar";

b) en la recomendación 163, supresión de los corchetes entre las palabras "o a los que se haya decidido ... personas allegadas" y supresión de las palabras "del rechazo";

c) en toda la recomendación 169, sustitución de la palabra "parte" o "partes" por "persona" o "personas" y, en su apartado b), sustitución de la palabra "limitarse" por "reducirse", de acuerdo con el análisis que figura en el párrafo 610 del comentario;

d) en el párrafo 571, enmienda de las frases tercera, cuarta y quinta con un texto del siguiente tenor:

> "Los regímenes de la insolvencia regulan de diferentes modos los créditos excluidos. En algunos regímenes, los acreedores titulares de esos créditos no pueden participar en el procedimiento y no disponen de recursos jurídicos para cobrar sus créditos al deudor, pues dichos créditos quedan de hecho extinguidos. Sin embargo, en otros regímenes se mantienen otras vías para cobrar esos créditos y se permite a los acreedores presentar demandas al margen del procedimiento de insolvencia";

e) en el párrafo 586, sustitución de las palabras "regulan de diversos modos la cuestión de los créditos que no se hayan presentado en un determinado plazo" por las palabras "regulan de diversos modos los créditos que deban presentarse de conformidad con el régimen de la insolvencia y que no se hayan presentado en un determinado plazo".

41. Una delegación preguntó si en la recomendación 155 entrarían los créditos no monetarios. Se respondió que la finalidad de esa recomendación, en su enunciado actual, era poner de relieve la necesidad de que en el régimen de la insolvencia se especificaran los tipos de créditos que deberían presentarse y que se dieran algunos ejemplos. El texto no pretendía dar a entender que no pudieran presentarse créditos no monetarios. Se observó que esta cuestión podría aclararse en el comentario.

42. La Comisión aprobó el contenido de la sección B del capítulo V (Prioridades y distribución del producto), inclusive las propuestas de revisión (A/CN.9/559/Add.1), a reserva de las siguiente modificaciones:

a) revisión del encabezamiento de la recomendación 174 para que diga "Clasificación de los créditos no respaldados por garantías";

b) supresión de la segunda frase de la nota 112 de pie de página, dado que esa cuestión ya se había analizado debidamente en el comentario del párrafo 633;

c) en el párrafo 617, inserción, después de las palabras "régimen aplicable", de un texto del siguiente tenor: "(, que podrá prever la subordinación de determinados tipos de créditos, por ejemplo, los de personas allegadas)";

d) al final del párrafo 621, inserción de un texto del siguiente tenor: "Deberá entenderse que el principio general del reconocimiento de los grados de prelación previos a la apertura del procedimiento incluye también los grados de prelación basados en un acuerdo de subordinación, siempre y cuando las partes no convengan en otorgar a un crédito un grado de prelación superior al que se le concedería en virtud del derecho aplicable";

e) en el párrafo 631, inserción, después de las palabras "obligaciones internacionales", de las palabras "dimanantes de tratados, como, por ejemplo, las aplicables a los créditos de los empleados, que se analizan más abajo.";

f) en el párrafo 633, después de las palabras "una categoría de créditos prioritarios", inserción de un punto y seguido, y sustitución de las dos frases

siguientes por un texto del siguiente tenor: "En varios casos, esos créditos gozan de una prelación superior a la de otros créditos prioritarios y, concretamente, a la de los créditos garantizados (véanse el párrafo 625 y los párrafos subsiguientes *supra*). El criterio de dar prelación a los créditos de los empleados es generalmente compatible con la protección especial que se da a los empleados en otros aspectos del régimen de la insolvencia (véase el capítulo III.D.6) y también con el enfoque seguido en algunos convenios internacionales en lo que respecta a la protección de los empleados[111].";

g) en el párrafo 634, inserción, en la segunda frase, después de las palabras "respaldado por un fondo estatal de garantía de los sueldos", de las siguientes palabras: "o por planes de seguros que prevean una fuente distinta de bienes para asegurar el cobro de los créditos de los empleados.".

43. La Comisión aprobó el contenido de la sección C del capítulo V (Régimen aplicable a los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia).

44. La Comisión aprobó el contenido de la sección A del capítulo VI (Exoneración), inclusive las propuestas de revisión (A/CN.9/559/Add.1), a reserva de las siguientes modificaciones:

a) enmienda del encabezamiento de la recomendación 184, que deberá decir "Exoneración de deudores que sean personas físicas en procedimientos de liquidación";

b) en la recomendación 185, disgregación de la segunda frase para trasladarla a una nueva recomendación cuyo texto enmendado sea del siguiente tenor: "Cuando el régimen de la insolvencia disponga que podrán imponerse condiciones para la exoneración del deudor, dichas condiciones deberán reducirse al mínimo, a fin de que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme, y deberán también enunciarse claramente en el régimen de la insolvencia.";

c) inversión del orden de los párrafos 653 y 654, insertando, en el encabezamiento del párrafo 654, el epígrafe "a) deudores que sean entidades jurídicas"; insertando, en el encabezamiento del párrafo 653, el epígrafe "b) deudores que sean personas físicas"; e insertando, en el párrafo 653, una tercera frase del siguiente tenor: "Conviene señalar que por lo general la exoneración de un deudor que sea una persona física no afecta a la responsabilidad de todo tercero que haya garantizado las obligaciones de dicho deudor".

45. La Comisión aprobó el contenido de la sección B del capítulo VI (Conclusión del procedimiento), inclusive las propuestas de revisión (A/CN.9/559/Add.1), a reserva de las siguientes modificaciones:

a) inversión del orden de las recomendaciones 186 y 187 para reflejar así la importancia que se ha dado a la reorganización en todo el proyecto de guía;

b) en la recomendación 187, después de la palabra "clausurado", supresión del texto restante;

c) en el párrafo 667, agregación de una segunda frase del siguiente tenor: "Es conveniente que en el régimen de la insolvencia se especifique qué parte podrá solicitar la conclusión del procedimiento, la eventual divulgación de la solicitud de

conclusión y de la decisión de dar por concluido el procedimiento, y la posibilidad de que los acreedores puedan exponer sus argumentos al presentarse la solicitud".

46. Las recomendaciones que no se mencionan concretamente en el presente informe fueron aprobadas por la Comisión sin enmiendas.

47. La Comisión aprobó los términos del glosario enunciados en el documento A/CN.9/551, que no había concluido el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en su 30º período de sesiones, de la manera siguiente:

a) "Parte allegada", "acreedor", "deudor en posesión", "giro normal de los negocios" y "preferencia", sin enmiendas;

b) "Crédito", enmendando las palabras "otra obligación legal" de manera que el texto dijera "otro tipo de obligación legal" y manteniendo la palabra "bienes" en la nota sin corchetes;

c) "Apertura del procedimiento", suprimiendo las palabras "Hecho que determina la";

d) "Compensación global por saldos netos", suprimiendo la palabra "mutuas" y manteniendo las palabras "con arreglo a" sin corchetes;

e) "Prioridad", sustituyendo "persona" por "crédito";

f) "Crédito garantizado", suprimiendo la segunda frase;

g) "Acreedor garantizado", enmendando el texto de manera que dijera "un acreedor que tenga una garantía real";

h) "Garantía real", enmendando el texto de modo que dijera "un derecho sobre un bien para obtener el pago o el cumplimiento de una o más obligaciones";

i) "Negociaciones voluntarias de reestructuración", enmendándose las palabras "a resultas de las cuales", de modo que el texto dijera "con el objeto de que una parte o la totalidad de los acreedores acuerden modificar";

j) Supresión de la expresión "transferencia fraudulenta".

48. La Comisión aprobó los términos incluidos en el glosario en el documento A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I) y que no examinó el Grupo de Trabajo V en su 30º período de sesiones, de la manera siguiente:

a) "Reorganización", "venta como negocio en marcha" y "período de sospecha", sin enmiendas;

b) "Plan de reorganización", suprimiendo las frases segunda y tercera;

c) "Compensación", suprimiendo la segunda frase y sustituyéndose "equiparación de un crédito … con un crédito" por "deducción del importe de un crédito relativo a una suma adeudada a una persona para liquidar o reducir un crédito …";

d) "Suspensión del procedimiento", sustituyéndose "incluidos el perfeccionamiento (…)" por "inclusive las medidas para dar eficacia a una garantía real frente a terceros";

e) "Acreedor no garantizado", enmendando la definición de modo que dijera "un acreedor no amparado por ninguna garantía real";

f) Supresión de las definiciones de "deuda garantizada", "deuda no garantizada", "empresa estatal", "prelación absoluta" y "retención de la titularidad".

49. La Comisión aprobó sin enmiendas las definiciones del glosario a) a i), k) a w) e y), que figuran en el documento A/CN.9/559. La definición j) (bien gravado) se enmendó mediante la sustitución de las palabras "haya obtenido" por "disponga de"; la definición x) (crédito posterior a la apertura del procedimiento) se enmendó mediante la supresión de las palabras "de algún acto u omisión ocurrido"; la definición z) (protección del valor) se enmendó para ajustarla al texto de la recomendación 39 y para hacer referencia a los bienes de propiedad de terceros mediante la sustitución de "una garantía real" por "los bienes gravados y de los bienes que sean propiedad de terceros".

50. A fin de que en el comentario del proyecto de guía quedaran reflejadas las deliberaciones de la Comisión y sus decisiones sobre las recomendaciones, la Comisión aprobó que se insertaran en dicho comentario los nuevos textos y las revisiones de los ya existentes que adoptó. Los textos nuevos y los revisados son los siguientes:

a) En la primera parte del proyecto de guía, inserción de dos notas aclaratorias de la interpretación a efectos de que:

i) por "persona" se entienda, de no indicarse otra cosa, tanto una persona física como una persona jurídica;

ii) por "acreedores" se entienda, de no especificarse otra cosa, tanto los acreedores del Estado del foro como los acreedores extranjeros;

b) Inserción en el glosario del término "tribunal" con la siguiente definición: "Autoridad judicial o de otra índole a la que competa controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia";

c) Agregación de una nota de pie de página correspondiente al párrafo 41 en la que se haga una remisión al párrafo 621 en lo relativo al régimen aplicable, en la insolvencia, a los acuerdos de subordinación;

d) Revisión de la primera frase del párrafo 58 con miras a ajustarla a las enmiendas introducidas en la sección B del capítulo IV (segunda parte), relativa al procedimiento de reorganización agilizado, con palabras del siguiente tenor: "Dado que el éxito de las negociaciones voluntarias de reestructuración se ve a veces obstaculizado por la posibilidad de cada acreedor de entablar una acción para la ejecución de sus derechos y por la necesidad del consentimiento unánime de los acreedores para modificar las condiciones de reembolso de ciertas clases de deudas, en algunos países, para hacer frente a tales situaciones, se han adoptado diversos mecanismos, como los procedimientos de "preinsolvencia" o procedimientos planificados a tal efecto. Los procedimientos de reorganización agilizados que se regulan en la Guía para dirimir tales situaciones se basan en un procedimiento de reorganización más acelerado en el que se combinan las negociaciones de reestructuración voluntaria, en las que una mayoría de acreedores afectados negocian y acuerdan un plan, con procedimientos de reorganización entablados en virtud del régimen de la insolvencia con miras a obtener la confirmación judicial del plan de modo que sea vinculante para los acreedores disconformes";

e) En la segunda parte del proyecto de guía, revisión de la cuarta frase del párrafo 116, relativa a las presunciones de insolvencia, con palabras del siguiente tenor: "Convendría que fuera relativamente sencillo para un acreedor presentar pruebas, concretamente mediante una presunción que demuestre la insolvencia del deudor, sin necesidad de imponer a los acreedores una carga probatoria excesiva. Podría establecerse la presunción de que el deudor no está, en general, en condiciones de pagar sus deudas cuando, por ejemplo, el deudor no pague una o más de sus deudas y cuando la deuda no liquidada no esté en entredicho, es decir, cuando no sea objeto de una controversia lícita ni esté sujeta a compensación. Si el régimen de la insolvencia prevé tal presunción, conviene que se brinde al deudor la oportunidad de rebatir la presunción y que se especifiquen los motivos por los que podrá rebatirse. Entre estos motivos podría figurar la capacidad del deudor para demostrar que sí puede pagar sus deudas o que la deuda es objeto de una controversia lícita, o la presentación de otros argumentos que pongan en tela de juicio los elementos en los que se haya basado el acreedor para establecer la presunción. La notificación al deudor de toda solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia por parte del acreedor dará al deudor la oportunidad de impugnar las alegaciones del acreedor respecto de la situación financiera del deudor (véase también el capítulo I.B.5 e))";

f) Al final del párrafo 142, a fin de regular la forma de dar notificación a los acreedores extranjeros, inserción de un texto del siguiente tenor: "Otros factores que cabría tomar en consideración son: la conveniencia o no de mencionar expresamente a los acreedores extranjeros en los requisitos de notificación que prevea el régimen de la insolvencia, así como la necesidad de tratar en pie de igualdad a los acreedores nacionales y a los extranjeros y de tener en cuenta la tendencia internacional a evitar toda discriminación basada en la nacionalidad de los acreedores. Los factores que habrá que sopesar al determinar esa cuestión se analizan más adelante cuando se aborda la forma en que debe efectuarse la notificación";

g) Al final del párrafo 143, a fin de reflejar los cambios introducidos en el párrafo b) de la recomendación 13, inserción de un texto del siguiente tenor: "El deudor dispondría de diversas opciones: dar su consentimiento a la solicitud, impugnar la reclamación del demandante en lo que respecta a la situación financiera del deudor, y solicitar la apertura de un procedimiento de otro tipo (por ejemplo, si el demandante pide la apertura de un procedimiento de liquidación, solicitar la apertura de un procedimiento de reorganización). Asimismo, el deudor puede tener la posibilidad de oponer excepciones de tipo jurisdiccional o procesal a la solicitud de un acreedor";

h) Al final del párrafo 148, inserción de una frase del siguiente tenor: "Por ejemplo, cuando pueda desestimarse por algún otro motivo una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, algunos regímenes de la insolvencia prevén una excepción para las personas que carezcan de bienes suficientes para financiar la administración del procedimiento y permiten la investigación de los negocios del deudor, a fin de determinar si puede recuperarse algún bien y si debe exonerarse o no al deudor";

i) Después de la primera frase del párrafo 170, inserción de un texto del siguiente tenor: "Cuando el deudor es una persona física, algunos regímenes excluyen los daños extracontractuales de carácter personal como la difamación, el

hecho de desacreditar a una persona o de perjudicar su reputación, así como las lesiones corporales. El deudor conserva el derecho personal a querellarse y a retener lo cobrado por estimarse que, de no ser así, se mermaría el incentivo para vindicar las injusticias, pero el deudor no tiene derecho a querellarse por el lucro cesante ocasionado por dichos recursos";

j) Después del párrafo 181, a fin de regular la cuestión de cómo dar eficacia a una garantía real frente a un tercero, inserción, sobre la base del párrafo 13 del documento A/CN.9/550, de un texto del siguiente tenor: "Con respecto a las demandas encaminadas a dar eficacia a una garantía real frente a terceros, algunas disposiciones legales relativas a las garantías reales fijan plazos concretos antes de cuyo vencimiento puede darse eficacia a dichas garantías reales frente a terceros, por ejemplo, mediante su inscripción, su divulgación o por otros medios. Cuando la ley de un Estado prevea tales plazos, el régimen de la insolvencia podrá reconocerlos permitiendo que las garantías reales puedan hacerse valer frente al deudor y frente a terceros después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, pero dentro del plazo especificado. Cuando la ley no prevea plazos a tal efecto, con la paralización aplicable a la apertura de procedimientos de insolvencia ya se impediría que la garantía real adquiriera eficacia. Habría que hacer una distinción entre la cuestión de si en la insolvencia tal acto daría eficacia a la garantía real frente a terceros y la cuestión de si tales actos deberían estar o no permitidos. El efecto en la insolvencia dependerá del acto que se requiera para dar eficacia a la garantía real. Cuando, por ejemplo, se exija la inscripción de la garantía en un registro público, podría permitirse que se efectuara tal inscripción después de la apertura del procedimiento; en cambio, cuando ese acto consista, por ejemplo, en que el acreedor garantizado tome posesión de un bien, cabría adoptar un enfoque distinto, pues con dicho acto se reducirían los bienes a la disposición de la masa de la insolvencia";

k) Al final del párrafo 196, a fin de reflejar los cambios introducidos en la recomendación 33, inserción de una frase del siguiente tenor: "Las medidas cautelares también podrían dejar de surtir efecto cuando se desestime una solicitud de apertura de procedimiento o cuando la orden por la que se hayan impuesto dichas medidas sea impugnada con éxito y, por tanto, anulada";

l) Al final de la segunda frase del párrafo 213, supresión de la frase "previéndose un examen continuo para hacer ajustes" y, respecto de la valoración de los bienes, inserción, después de la frase suprimida, de un texto del siguiente tenor: "teniendo presente la finalidad con que se haga la valoración. En algunos casos, puede ocurrir que los bienes hayan sido valorados por las partes antes de la apertura del procedimiento y que esa valoración aún sea válida en el momento de la apertura. Puede ser necesario efectuar una valoración global poco después de la apertura con miras a consignar en un registro todos los bienes y obligaciones y a preparar un balance neto de la situación económica del deudor, a fin de dar al representante de la insolvencia cierta orientación sobre el valor de la masa. Es posible que durante el procedimiento sea preciso valorar los bienes, particularmente los bienes gravados, a fin de determinar el valor de los correspondientes créditos garantizados (y de todo otro crédito conexo que no esté garantizado) y a fin de estudiar medidas de protección. También puede ser preciso valorar los bienes para una eventual enajenación de partes de la empresa o de determinados bienes, que se efectúe al margen del curso ordinario de los negocios, y también con miras a confirmar el

valor de los bienes a fin de cumplir los requisitos aplicables. Otra cuestión que se plantea es la del costo de la valoración y la de la determinación de qué parte deberá sufragar ese costo"; y supresión de la última frase del párrafo 213;

m) Después de la primera frase del párrafo 225, a fin de que el texto refleje los cambios introducidos en la recomendación 41 y en el párrafo b) de la recomendación 117, inserción de una frase del siguiente tenor: "Cuando se constituya un comité de acreedores y el régimen de la insolvencia disponga que deberá consultarse a los acreedores acerca de toda venta que se proponga realizar al margen del curso ordinario de los negocios, a fin de reducir al mínimo los costos y de evitar las demoras que pueda ocasionar la notificación de todos los acreedores, podría darse por cumplido el requisito de prestar notificación a los acreedores de toda propuesta de venta si se da tal notificación al comité de acreedores";

n) Antes de la última frase del párrafo 276, a fin de que el texto refleje el contenido de la recomendación 65, inserción de una frase del siguiente tenor: "El régimen de la insolvencia debería indicar claramente los supuestos en que el deudor deberá subsanar su incumplimiento del contrato a fin de que éste pueda mantenerse";

o) Después de la segunda frase del párrafo 278, a fin de reflejar en el comentario los cambios introducidos en la recomendación 66, inserción de una frase del siguiente tenor: "Cuando siga cumpliéndose un contrato antes de que se decida mantener o rechazar tal contrato, los costos que origine la continuación del cumplimiento del contrato y que se deriven del mismo deberían ser pagaderos a título de gastos de administración de la masa.". Al final del mismo párrafo, inserción de una frase del siguiente tenor: "Cuando el representante de la insolvencia utilice bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor y sujetos al contrato, los costos de la continuación del cumplimiento del contrato que se deriven del mismo deberían ser pagaderos a título de gastos de administración de la masa, y debería protegerse a los terceros de toda merma del valor de dichos bienes, siempre y cuando ello no esté previsto en el contrato.";

p) En el párrafo 314, inserción de un ejemplo para dejar claro que el concepto de "acreedor potencial" se refiere a las partes que no fueran acreedores en el momento en que se realizara la operación anulable, pero que estuvieran a punto de ser acreedores, por ejemplo, cuando el deudor estuviera negociando la obtención de nuevo crédito financiero y transfiriera bienes con el fin de evitar que pudieran quedar sujetos a una garantía real;

q) En la primera frase del párrafo 316, supresión de las palabras ", y para que entren en esta categoría ... al efectuar la transferencia", a fin de que el texto del comentario refleje los cambios aprobados con respecto a la recomendación 73;

r) Al final del párrafo 341, relativo al momento de apertura de los procedimientos de anulación, inserción de una frase del siguiente tenor: "Sea cual fuere el enfoque adoptado, es conveniente que el plazo sea relativamente breve, como en los ejemplos señalados anteriormente, a fin de evitar la incertidumbre y de agilizar el procedimiento de insolvencia";

s) Al final de la primera frase del párrafo 343, a fin de que quede reflejada en el comentario la excepción oponible cuando una operación se haya llevado a cabo en el curso ordinario de los negocios, enunciada en la recomendación 82,

inserción de las siguientes palabras: "y que, por ejemplo, se ha efectuado en el curso ordinario de los negocios";

t) En la primera frase del párrafo 387, a fin de que en el comentario se reflejen los cambios introducidos en la recomendación 96, inserción, después de las palabras "el deudor", de las palabras "o relativa al deudor", así como de una referencia a "secretos profesionales o información de fuente privilegiada o de carácter confidencial";

u) En el apartado xv) del párrafo 408, a fin de que quede reflejada en el comentario la revisión de la recomendación 104, sustitución de las palabras iniciales por palabras del siguiente tenor: "mantener en funcionamiento y seguir administrando la empresa del deudor";

v) Al final del párrafo 451, a fin de que queden reflejadas en el comentario las deliberaciones que han tenido lugar sobre la recomendación 112, inserción de una frase del siguiente tenor: "Cuando el régimen de la insolvencia prevea la convocatoria de tal reunión, es conveniente que también especifique las cuestiones que deberán tratarse y resolverse en ella";

w) Antes de la última frase del párrafo 466, a fin de ajustar el texto de dicho párrafo al apartado b) de la recomendación 117, a la recomendación 41 y al párrafo 225, inserción de un texto del siguiente tenor: "El comité de acreedores también puede tener que encargarse de la recepción de notificaciones, en nombre de los acreedores a los que represente, sobre determinadas cuestiones que revistan interés para dichos acreedores. Por ejemplo, cuando el régimen de la insolvencia disponga que deberá consultarse a los acreedores acerca de toda propuesta de venta de bienes al margen del curso ordinario de los negocios, la notificación de tal propuesta podrá cursarse por conducto del comité de acreedores, a fin de ahorrar tiempo, reducir al mínimo los gastos y facilitar las consultas entre el comité y los acreedores a los que represente";

x) Al final de la segunda frase del párrafo 505, a fin de reflejar en el comentario sobre el proyecto de guía los cambios introducidos en la recomendación 129, inserción de las siguientes palabras: "; una síntesis del plan; y toda información de carácter no financiero que pueda repercutir en el futuro cumplimiento de las obligaciones del deudor, como, por ejemplo, el hecho de que éste disponga de una nueva patente";

y) En el párrafo 547, revisión de las frases segunda y tercera con términos del siguiente tenor: "Como ya se ha señalado, este criterio no resuelve las dificultades financieras del deudor, que dependen del estado de la ejecución del plan en el momento en que fracase, y puede provocar una pugna por los bienes, que justamente se pretendía evitar con la apertura de procedimientos colectivos. No obstante, puede haber situaciones en que lo más apropiado sea permitir que el tribunal clausure el procedimiento y que las partes interesadas ejerzan los derechos que les confiera la ley. Como ejemplo, cabe citar la situación en que los bienes restantes estén gravados y en que los acreedores cuyos créditos no estén respaldados por garantías no cobren nada en la distribución final. En algunas circunstancias, y en función de la etapa en que se encuentre la ejecución del plan, una solución de transacción puede consistir en que los acreedores ...";

z) Revisión del párrafo 557 para ajustarlo a los cambios introducidos en las recomendaciones 146 y 146A, sustituyendo el texto del párrafo por un texto del siguiente tenor: "Es conveniente que los procedimientos de reorganización agilizados puedan iniciarse a petición de un deudor que aún no cumpla los requisitos para entablar un procedimiento sobre la base de las disposiciones generales del régimen de la insolvencia en materia de reorganización, pero que probablemente en el futuro pueda verse en la imposibilidad de pagar sus deudas en la fecha de su vencimiento. Al incluirse en el régimen de la insolvencia disposiciones que permitan a tales deudores iniciar procedimientos agilizados, se reconoce la necesidad de abordar, ya en la fase inicial, toda situación de dificultades financieras por las que atraviese un deudor y se permite a éste beneficiarse del acuerdo de reestructuración voluntaria que la mayoría de los acreedores afectados hayan aprobado. Con la apertura de procedimientos agilizados se garantizará la protección, conforme al régimen de la insolvencia, de los acreedores disconformes. En general serían aplicables también los requisitos jurisdiccionales que deben cumplirse para solicitar la apertura de procedimientos de insolvencia";

aa) Al principio del párrafo 558, inserción de una frase del siguiente tenor: "El régimen de la insolvencia podrá permitir también la apertura de procedimientos agilizados al deudor que ya cumpla los requisitos del régimen de la insolvencia para iniciar procedimientos ordinarios (véase el capítulo I.B)";

bb) En los párrafos 559 a 565, inserción (donde corresponda) de palabras que tengan en cuenta el contenido del apartado b) de la recomendación 149 y de las recomendaciones 150, 152 y 153, que se refieren, respectivamente, a los efectos de la apertura de un procedimiento agilizado y a los supuestos en que será procedente que el tribunal amplíe las categorías de acreedores afectados, a los efectos de un plan confirmado, y al fracaso de la ejecución de un plan confirmado. Ese texto habría de basarse en el material en que se analizan las mismas cuestiones en el capítulo IV;

cc) En el párrafo 571, a fin de regular la cuestión de las demandas no monetarias, inserción, después de la segunda frase, de una frase del siguiente tenor: "Puede ser preciso también que el régimen de la insolvencia regule el trato que deba darse a las demandas de carácter no monetario, como, por ejemplo, cuando se reclame el derecho a que se cumpla una obligación (por ejemplo, la entrega de determinados bienes) o un préstamo sin posibilidad de recursos";

dd) En el párrafo 594, a fin de que quede reflejada en el comentario la revisión de la recomendación 162, inserción, al final de las frases segunda, tercera y cuarta, respectivamente, de los siguientes textos: i) "o si requieren un régimen especial, por ejemplo, cuando se trate de créditos de personas allegadas"; ii) "o decidir si dicho crédito estará sujeto a un régimen especial"; y iii) "; del mismo modo, este requisito facilitará el proceso de revisión judicial si se impugna la decisión del representante de la insolvencia";

ee) En el párrafo 669, a fin de que queden reflejados en el comentario los cambios introducidos en las recomendaciones 145A y 153, revisión de la tercera frase, agregándole una cuarta frase, de modo que el texto diga: "Cuando el plan de reorganización no se haya ejecutado en su totalidad, el régimen de la insolvencia puede prever que el tribunal dicte una orden por la que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, a fin de evitar que el deudor quede en

situación de insolvencia sin que se resuelva su situación financiera. Otra posibilidad consiste en que el régimen de la insolvencia prevea el sobreseimiento del procedimiento cuando se den las debidas circunstancias, como, por ejemplo, cuando los bienes restantes estén gravados y los acreedores con créditos no garantizados no vayan a beneficiarse de la distribución. Cada régimen determinará si la conversión de un procedimiento de reorganización en otro de liquidación constituye o no ...";

ff) Al final del párrafo 652 g) (Contratos de Trabajo), que figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.72, inserción de una frase del siguiente tenor: "En algunos Estados, esas salvaguardias son únicamente aplicables a los contratos de empleo individuales, mientras que, en otros, esas disposiciones se aplican también a los convenios laborales colectivos".

51. La Comisión aprobó que se adjuntara, como anexo del proyecto de guía, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza[2] y la Guía para su incorporación al derecho interno[3], y observó que, dado que los párrafos 18, 19, 31, 72, 74 y 75 de dicha Guía se remitían al Convenio de la Unión Europea relativo a los procedimientos de insolvencia, habría que enmendarla para tener en cuenta la entrada en vigor del Reglamento del Consejo Núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, de 29 de mayo de 2000.

52. La Comisión señaló asimismo que habría que agregar a las recomendaciones referencias a los análisis de las cuestiones pertinentes que se hacían en el comentario, y que, a su vez, quizá habría que hacer remisión, en los lugares apropiados del comentario, a las recomendaciones pertinentes.

53. La Comisión pidió a la Secretaría que introdujera los cambios de redacción en el proyecto de guía, que ultimara su texto teniendo en cuenta las deliberaciones de la Comisión, y que introdujera en el proyecto de guía los cambios necesarios para ajustar el texto del comentario al de las recomendaciones.

54. La Comisión oyó una declaración del observador del Fondo Monetario Internacional (FMI) en que se reconocía la amplia participación de la comunidad internacional en la preparación del proyecto de guía y su consiguiente alto nivel de claridad y se esperaba con interés que la Guía fuera un instrumento clave en la elaboración de un régimen efectivo de la insolvencia en el plano internacional. Se hizo referencia al acuerdo concertado entre el FMI, el Banco Mundial y la CNUDMI sobre la base de la propuesta que figuraba en el párrafo 21 del documento A/CN.9/551. Se observó que en los próximos meses el Banco Mundial debía concluir la revisión de sus principios y directrices relativos a regímenes efectivos de insolvencia y de derechos de los acreedores, que esos principios se combinarían a continuación con el proyecto de guía y con la labor adicional relativa a los marcos institucional y regulatorio para crear un documento uniforme que se presentaría a los Directorios Ejecutivos del FMI y del Banco Mundial en octubre de 2004. El hecho de que esos Directorios Ejecutivos hicieran suyos los proyectos permitiría que la norma unificada se utilizara en la evaluación de los regímenes de insolvencia de los países.

---

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

[3] A/CN.9/442, anexo.

55. En su 792ª sesión, celebrada el 25 de junio, la Comisión adoptó la siguiente decisión:

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

Reconociendo la importancia que tiene para todos los países un sólido régimen de la insolvencia,

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

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

Observando también que la eficacia de los regímenes de reorganización afecta a la disponibilidad de finanzas en los mercados de capital, y que el análisis comparado de esos sistemas ya es común e indispensable a efectos de la concesión de préstamos, lo cual repercute en todos los países, sea cual sea su nivel de desarrollo económico,

Observando además la importancia que tienen los criterios de política social, incluidos los derechos de las partes interesadas en la insolvencia de un deudor, para la elaboración de un régimen de la insolvencia,

Reconociendo que la solución de las cuestiones económicas, jurídicas y legislativas fundamentales que plantea la insolvencia y que se negocian en el plano internacional en un proceso en el que intervienen muy diversos participantes será útil tanto para los Estados que no cuentan con un régimen efectivo y eficaz de la insolvencia como para los Estados que están iniciando un proceso de examen y modernización de su régimen de la insolvencia,

Observando que la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (a la que se han adjuntado como anexos la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza[2] y la Guía para su incorporación al derecho interno[3]) y una guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, que actualmente prepara el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales), constituirán los pilares de un marco moderno de derecho mercantil,

Recordando el mandato encomendado al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) de preparar una declaración general de objetivos y características fundamentales de un régimen sólido de la insolvencia, que rija las relaciones entre deudor y acreedores, incluido el examen de la reestructuración extrajudicial, así como una guía legislativa que previera formas flexibles de aplicar esos objetivos y características, además de examinar otros posibles criterios y las ventajas e inconvenientes que tuvieran esos criterios y recomendaciones,

Reconociendo el apoyo que prestaron en la preparación de la Guía Legislativa organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales que se ocupan de la reforma del régimen de la insolvencia,

Tomando nota con aprobación de la colaboración entre el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales), así como

de su empeño en solucionar de manera coherente las cuestiones comunes relativas al tratamiento de los acreedores garantizados y a las garantías reales en el régimen de la insolvencia,

Confirmando su intención de mantener la coordinación y la cooperación con el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional para facilitar la elaboración de un derecho internacional uniforme en lo relativo al régimen de la insolvencia,

Expresando su reconocimiento al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) por su labor en la elaboración del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia,

1. *Aprueba* la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, que consiste en el texto que figura en el documento de trabajo del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)[4], enmendado en la nota de la Secretaría del 30 de abril de 2004[5], con las enmiendas introducidas por la Comisión en su 37º período de sesiones[6], texto al que se han adjuntado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza[2] y la Guía para su incorporación al derecho interno[3], y autoriza a la Secretaría a que introduzca los cambios de redacción pertinentes en el texto de la Guía Legislativa y lo ultime teniendo en cuenta las deliberaciones de la Comisión;

2. *Pide* al Secretario General que haga llegar el texto de la Guía Legislativa a los Estados Miembros y a otros órganos interesados;

3. *Recomienda* que todos los Estados utilicen la Guía Legislativa para evaluar la eficiencia económica de sus respectivos regímenes de la insolvencia y que tengan en cuenta la Guía Legislativa al revisar o al promulgar legislación relativa a la insolvencia, e invita a los Estados que hayan utilizado la Guía Legislativa a tal efecto a que informen a la Comisión al respecto;

4. *Recomienda* que todos los Estados sigan estudiando la posibilidad de aplicar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

IV. Arbitraje: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo II

56. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión, tras cambiar opiniones sobre su futura labor en materia de arbitraje comercial internacional, decidió encomendar esa labor a uno de sus grupos de trabajo. Se convino en que los temas a los que debería dar prioridad el grupo de trabajo en sus deliberaciones fueran, entre otros, el requisito de que el acuerdo de arbitraje figure por escrito y la ejecutabilidad de las medidas cautelares[7]. El grupo de trabajo, que pasó a denominarse Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), inició su labor, con arreglo a ese mandato, en su 32º período de sesiones (Viena, 20 a 31 de marzo de 2000).

---

[4] A/CN.9/WG.V/WP.70 (Parts I y II).

[5] A/CN.9/559 y Add.1 a 3.

[6] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/59/17), párrs. 12 a 53.

[7] Ibíd., *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/54/17), párr. 380.

57. En su 37º período de sesiones, la Comisión tomó nota de los progresos realizados por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 39º (Viena, 10 a 14 de noviembre de 2003) y 40º (Nueva York, 23 a 27 de febrero de 2004) (véanse los informes de dichos períodos de sesiones en los documentos A/CN.9/545 y A/CN.9/547, respectivamente). La Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había proseguido sus deliberaciones sobre un proyecto de revisión del artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985)[8] (en adelante, "la Ley Modelo"), relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, y sobre un proyecto de disposición relativo al reconocimiento y a la ejecución de medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral (que se insertaría como nuevo artículo (provisionalmente) 17 bis en la Ley Modelo). La Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados hasta la fecha en lo relativo a las medidas cautelares.

58. Se informó a la Comisión de que el Grupo de Trabajo se proponía concluir, en sus dos próximos períodos de sesiones, el examen de los proyectos de artículo 17 y 17 bis de la Ley Modelo y fijar definitivamente su posición sobre cómo deberían regularse en la Ley Modelo las medidas cautelares *ex parte*, es decir, las dictadas a instancia de parte (véase el párrafo 136 b) *infra*). Se reiteró la opinión de que la cuestión de las medidas cautelares *ex parte*, que, a juicio de la Comisión, seguía siendo un tema importante y polémico, no debería impedir que avanzara la labor de revisión de la Ley Modelo[9]. Se respondió que, en sus recientes períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo no había dedicado mucho tiempo al examen de esta cuestión. Se expresó la esperanza de que, con el proyecto revisado que preparará la Secretaría, el Grupo de Trabajo pueda llegar a un consenso a este respecto en su siguiente período de sesiones.

59. La Comisión tomó nota asimismo de que el Grupo de Trabajo aún no había concluido su labor sobre el proyecto de artículo 17 *ter*, relativo a las medidas cautelares dictadas por tribunales estatales en apoyo del arbitraje, ni sobre el requisito de que el acuerdo de arbitraje figure por escrito, enunciado en el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo y en el párrafo 2 del artículo II de la Convención de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ("La Convención de Nueva York")[10]. Respecto de la Convención de Nueva York, se informó a la Comisión de que se había invitado al Grupo de Trabajo a que se planteara la posibilidad de incluir esa Convención en una lista de instrumentos internacionales a los que sería aplicable el proyecto de convención que regula ciertas cuestiones relativas a la contratación electrónica, que actualmente prepara el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) (véanse también los párrafos 67 a 72).

60. Con respecto a la futura labor del Grupo de Trabajo II en lo referente a la solución de controversias comerciales, la Comisión recordó que, en su anterior período de sesiones, se había propuesto incluir, en la futura labor del Grupo de Trabajo, la cuestión de los requisitos para que una controversia pueda ser objeto de arbitraje, así como la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976)[11]

---

[8] Ibíd., *cuadragésimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/40/17), anexo I.

[9] Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párr. 203.

[10] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, pág. 3.

[11] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento Núm. 17*, (A/31/17), párr. 57.

y de las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (1996)[12], una vez que el Grupo hubiera concluido el examen actualmente en curso de los proyectos existentes[13]. Si bien en general la Comisión estimó que sería prematuro adoptar, en su actual período de sesiones, una decisión definitiva sobre la posible labor futura en materia de solución de controversias comerciales, algunas delegaciones se mostraron partidarias de que el Grupo de Trabajo se planteara la posibilidad de emprender una revisión limitada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. A este respecto, una delegación advirtió de la necesidad de proceder con cautela al determinar el alcance de tal revisión, el cual debería decidirse con precisión a fin de no desvirtuar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que durante los casi 30 años transcurridos desde su adopción ha sido un importante instrumento de referencia. Al mismo tiempo, se consideró que el planteamiento preliminar de una posible revisión del Reglamento no debería ser óbice para que el Grupo de Trabajo estudiara otros posibles temas para su futura labor, como el recurso al arbitraje en la gestión empresarial o la utilización de mecanismos informáticos para la solución de controversias.

61. La Comisión señaló que en 2005 se cumplirían 20 años de la adopción de la Ley Modelo y convino en que, para conmemorar ese aniversario, se organizaran conferencias en varias regiones del mundo, que pudieran servir de foros para estudiar la experiencia registrada por los tribunales judiciales y arbitrales en la aplicación de la legislación de sus respectivos países que esté basada en la Ley Modelo, así como para examinar la posible labor futura en materia de solución de controversias comerciales.

V. Derecho del transporte: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo III

62. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión estableció el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) y le encomendó que preparara, en estrecha colaboración con las organizaciones internacionales interesadas, un instrumento legislativo que regulara aspectos del transporte internacional de mercancías por mar, como el ámbito de aplicación, el período de responsabilidad del porteador, las obligaciones del porteador, la responsabilidad del porteador, las obligaciones del cargador y los títulos de transporte[14]. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión aprobó el criterio de que el proyecto de instrumento sobre el derecho del transporte regulara, en principio, las operaciones de transporte de puerta a puerta, con la posibilidad de ampliar ulteriormente el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento, una vez que el Grupo de Trabajo hubiera examinado sus disposiciones sustantivas y hubiera analizado más exhaustivamente el funcionamiento de tales disposiciones en las operaciones de puerta a puerta[15]. En su 36º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión tomó nota de la complejidad del proceso de elaboración del proyecto de

[12] *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXVII: 1996, tercera parte, anexo II.

[13] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párr. 204.

[14] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párr. 345.

[15] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párr. 224.

instrumento, y autorizó, a título excepcional, que la duración de los períodos de sesiones 12º y 13º del Grupo de Trabajo fuera de dos semanas, en el entendimiento de que la Comisión reevaluaría en 2004, en su 37º período de sesiones, la duración de los ulteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo[16]. Sobre el examen del tema por la Comisión en su 37º período de sesiones, véanse los párrafos 132 y 133 *infra*.

63. En su 37º período de sesiones, la Comisión tomó nota de los informes de los períodos de sesiones 12º (Viena, 6 a 17 de octubre de 2003) y 13º (Nueva York, 3 a 14 de mayo de 2004) del Grupo de Trabajo (véanse los documentos A/CN.9/544 y A/CN.9/552, respectivamente).

64. La Comisión tomó nota con reconocimiento de que el Grupo de Trabajo había seguido examinando el proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. La Comisión reiteró al Grupo de Trabajo su agradecimiento ante la envergadura del proyecto y la complejidad del proceso de preparación del proyecto de instrumento, habida cuenta en particular de las cuestiones controvertidas que aún no se habían resuelto y que requerían tacto para mantener un equilibrio que conciliara los diversos intereses contrapuestos.

65. Se informó a la Comisión de que el Grupo de Trabajo, en sus períodos de sesiones 12º y 13º, había procedido a la segunda lectura del proyecto de instrumento y había avanzado en toda una serie de cuestiones difíciles, como las relativas al ámbito de aplicación del instrumento y a las disposiciones clave que deben regir la responsabilidad de las partes. Se informó asimismo a la Comisión de que, con miras a acelerar el intercambio de opiniones, la formulación de propuestas y el logro de un consenso antes de la tercera y última lectura del proyecto de instrumento, varias delegaciones que participaron en el 13º período de sesiones del Grupo de Trabajo habían tomado la iniciativa de establecer un grupo oficioso de consultas, a fin de proseguir las deliberaciones entre los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo.

66. La Comisión hizo constar el apoyo que brindaba a los esfuerzos del Grupo de Trabajo por agilizar su labor sobre tan complejo proyecto. En lo que respecta a un posible plazo para finalizar la elaboración del proyecto de instrumento, algunos oradores estimaron que sería conveniente concluir la tercera lectura del proyecto de texto, de modo que la Comisión pudiera aprobarlo en 2006. No obstante, diversas delegaciones consideraron también que, en la preparación del proyecto de instrumento, debería aspirarse a formular un texto de alta calidad. No debería ponerse en peligro el logro de este objetivo primordial debatiendo apresuradamente las importantes cuestiones aún pendientes de solución. Tras deliberar, la Comisión acordó que sería conveniente que se tuviera presente el objetivo de finalizar el texto del proyecto en 2006, pero también convino en volver a estudiar, en su 38º período de sesiones, en 2005, el plazo para finalizar el proyecto de instrumento. (Respecto de los dos próximos períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, véase el párrafo 136 c) *infra*).

[16] Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párr. 208.

VI. Comercio electrónico: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo IV

67. En su 34º período de sesiones, en 2001, la Comisión hizo suyo un conjunto de recomendaciones que el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) había hecho, respecto de su labor futura, en su 38º período de sesiones (Nueva York, 12 a 23 de marzo de 2001)[17].

68. En su 37º período de sesiones, la Comisión tomó nota de los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en su 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003) y en su 43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004) (A/CN.9/546 y A/CN.9/548, respectivamente).

69. La Comisión tomó nota con reconocimiento de que el Grupo de Trabajo había seguido examinando un anteproyecto de convención sobre diversos aspectos jurídicos de la contratación electrónica y reafirmó su convicción de que un instrumento internacional que regulara determinados aspectos de la contratación electrónica constituiría una útil aportación que facilitaría el uso de medios modernos de comunicación en las operaciones comerciales transfronterizas.

70. Se informó a la Comisión de que el Grupo de Trabajo había iniciado el examen de los artículos 8 a 15 del texto revisado del anteproyecto de convención en su 42º período de sesiones. La Comisión observó que el Grupo de Trabajo, en su 43º período de sesiones, había examinado los artículos X e Y y los artículos 1 a 4 del proyecto de convención, y que el Grupo de Trabajo había realizado un debate general sobre los proyectos de artículo 5 a 7 bis.

71. La Comisión expresó su apoyo a los esfuerzos del Grupo de Trabajo por incorporar en el proyecto de convención disposiciones encaminadas a eliminar los obstáculos jurídicos que pudieran imponer al comercio electrónico los instrumentos internacionales mercantiles ya existentes. Se informó a la Comisión de que el Grupo de Trabajo había convenido en tratar de concluir su labor relativa al proyecto de convención de modo que la Comisión pudiera examinarlo y aprobarlo en 2005. La Comisión expresó su reconocimiento al Grupo de Trabajo por sus esfuerzos y convino en que era importante que el Grupo concluyera a tiempo sus deliberaciones sobre el proyecto de convención, y que ello justificaría que se aprobara la celebración de un 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo, de dos semanas de duración, que tuviera lugar en octubre de 2004 (véanse los párrafos 134 y 136 d) *infra*).

72. Se intercambiaron opiniones acerca de la posible labor futura en materia de comercio electrónico una vez concluido el proyecto actual. Si bien hubo acuerdo general en que aún no podía adoptarse una decisión a ese respecto, la Comisión tomó nota de diversas sugerencias. Una de ellas consistía en que el Grupo de Trabajo considerara la posibilidad de preparar directrices para ayudar a los Estados a establecer un marco jurídico amplio para facilitar el uso del comercio electrónico. Entre los posibles elementos de esas directrices se mencionaron las cuestiones relacionadas con la protección de datos, la propiedad intelectual y los problemas planteados por el fraude electrónico. Se sugirió también que el Grupo de Trabajo

[17] Ibíd., q*uincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párrs. 291 a 293.

reexaminara la cuestión de la negociabilidad y de la transferencia de derechos sobre bienes corporales o inmateriales por medios electrónicos. Asimismo, se observó que tal vez el Grupo de Trabajo debiera examinar su futuro papel en función de las conclusiones a que se llegara en 2005 en la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, convocada por las Naciones Unidas y por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). Se sugirió, además, que el Grupo de Trabajo ejerciera funciones de cooperación con otros grupos de trabajo y con órganos no dependientes de la CNUDMI. Se pidió a la Secretaría que estudiara la posibilidad de preparar estudios pertinentes para facilitar los debates que la propia Comisión habría de realizar en su 38º período de sesiones, en 2005, sobre su labor futura en materia de comercio electrónico.

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

73. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión encomendó al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) la tarea de elaborar un régimen legal eficaz respecto de los derechos de garantía sobre bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados o las existencias[18]. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión confirmó el mandato encomendado al Grupo de Trabajo, poniendo de relieve que el Grupo de Trabajo debería interpretar su mandato en un sentido amplio a fin de obtener un resultado debidamente flexible que debería revestir la forma de guía legislativa[19]. En su 36º período de sesiones, en 2003, la Comisión confirmó que correspondía al Grupo de Trabajo estudiar el alcance exacto de su labor y, en particular, determinar si los créditos por cobrar, las cartas de crédito, las cuentas de depósito y los derechos de propiedad intelectual e industrial deberían o no entrar en el ámbito del proyecto de guía legislativa[20].

74. En su 37º período de sesiones, la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo VI sobre la labor de sus períodos de sesiones cuarto (Viena, 8 a 12 de septiembre de 2003) y quinto (Nueva York, 22 a 25 de marzo de 2004) (documentos A/CN.9/543 y A/CN.9/549, respectivamente). La Comisión tuvo también a su disposición el informe del segundo período conjunto de sesiones de los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) (A/CN.9/550).

75. La Comisión elogió al Grupo de Trabajo VI por haber concluido la segunda lectura del proyecto de guía sobre las operaciones garantizadas, concretamente de la introducción y de los capítulos sobre los "objetivos clave" (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1) y la "constitución de garantías reales" (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3), así como la tercera lectura de los capítulos "Publicidad" (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2), "Prelación" (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3), "Insolvencia" (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6) y "Conflicto de leyes" (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7). A este respecto, la Comisión tomó nota con interés de que el Grupo de Trabajo, en su quinto período de sesiones, había convenido en que la publicidad fuera un requisito para que una

[18] Ibíd., párr. 358.
[19] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párr. 204.
[20] Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párr. 222.

garantía real surtiera efecto frente a terceros y para amparar los derechos de éstos (A/CN.9/549, párr. 35). La Comisión también expresó su reconocimiento a los Grupos de Trabajo V y VI por los progresos que habían realizado en su segundo período de sesiones conjunto, durante el cual habían examinado cuestiones pendientes de interés común (véase A/CN.9/WG.V/WP.71).

76. Además, la Comisión tomó nota con agradecimiento de los progresos realizados por el Grupo de Trabajo en la coordinación de su labor sobre los conflictos de leyes con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y concretamente, de los planes para celebrar una reunión conjunta de expertos. Asimismo, la Comisión encomió los esfuerzos realizados por el Grupo de Trabajo por coordinar también su labor con la del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), el cual preparaba un texto relativo a la constitución de garantías reales sobre títulos bursátiles. La Comisión expresó asimismo su reconocimiento por la coordinación mantenida con el Banco Mundial, que estaba preparando principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores y, en particular, por el acuerdo en virtud del cual el texto del Banco Mundial formaría, junto con el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, una única norma internacional.

77. Además, la Comisión tomó nota con interés de que a principios de 2005 ya podría haberse redactado y recopilado una serie preliminar de recomendaciones. La Comisión también acogió con beneplácito el hecho de que se prepararan capítulos suplementarios sobre diversos tipos de bienes, como los títulos negociables, las cuentas de depósito, las cartas de crédito y los derechos de propiedad intelectual. A este respecto, si bien se reconoció en general la importancia de estos tipos de bienes, se estimó que no sería conveniente incluirlos en el proyecto de guía si con ello se tardaba más tiempo en realizar la labor relativa a los bienes fundamentales que entran en el ámbito del proyecto de guía (por ejemplo, los bienes, incluidos los bienes inventariados o las existencias, y los créditos por cobrar).

78. Tras deliberar, la Comisión confirmó el mandato que había encomendado, en su 34º período de sesiones, al Grupo de Trabajo VI, y que ya había confirmado en sus períodos de sesiones 35º y 36º (véase el párrafo 73 *supra*). La Comisión pidió asimismo al Grupo de Trabajo que agilizara su labor, a fin de que el proyecto de guía pudiera serle presentado lo antes posible (tal vez ya en 2006) para su aprobación final. (Con respecto a los dos próximos períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, véase el párrafo 136 f) *infra*.)

VIII. Futura labor en materia de contratación pública

79. En su 36º período de sesiones, la Comisión examinó una nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de contratación pública (A/CN.9/539 y Add.1). Se observó que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[21] preveía procedimientos encaminados a lograr competencia, transparencia, equidad, economía y eficiencia en el proceso de contratación pública, y que esta Ley Modelo se había convertido en un importante

[21] Ibíd., *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento Núm. 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I.

instrumento internacional de referencia para la reforma de las legislaciones nacionales sobre contratación pública. No obstante, se observó también que, pese a que se ha reconocido ampliamente el valor de la Ley Modelo, habían surgido, desde su adopción, nuevos aspectos y prácticas que tal vez justificarían una actualización de su texto[22]. En el actual período de sesiones, las delegaciones se mostraron firmemente partidarias de que se incluyera el derecho que rige la contratación pública en el programa de trabajo de la Comisión[23], y la Comisión pidió a la Secretaría que prepara estudios detallados sobre las cuestiones especificadas en la nota de la Secretaría (A/CN.9/539 y Add.1), y que formulara propuestas sobre el modo de abordarlas con miras a que las examinase un grupo de trabajo que podría convocarse durante el tercer trimestre de 2004[24].

80. En su 37º período de sesiones, la Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría (A/CN.9/553), que se presentó conforme a lo que se le había pedido y que contenía un resumen de los estudios sobre cuestiones que pudieran merecer un análisis cuando se revisara la Ley Modelo; la Secretaría había realizado esos estudios desde el 36º período de sesiones de la Comisión, en consulta con organizaciones con experiencia y competencia en temas de contratación pública. Los estudios se centraban en los problemas que planteaba la mayor utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/553, párrs. 10 a 40), y en otras posibles cuestiones suplementarias (A/CN.9/533, párrs. 41 a 82).

81. La Comisión convino en que la Ley Modelo se beneficiaría de su actualización si se reflejaran en ella las nuevas prácticas, en particular, las surgidas a raíz de la utilización de las comunicaciones electrónicas en operaciones de contratación pública, así como de la experiencia adquirida con la utilización de la Ley Modelo como instrumento básico para la reforma legislativa. Además de la reglamentación por ley de las comunicaciones electrónicas en operaciones de contratación pública, otras cuestiones mencionadas que cabría tratar son la contratación de servicios, las posibilidades de recurrir y la cuestión de la ejecución. Se estimó que tal vez sería útil plantearse la simplificación de la presentación de las disposiciones modelo. Sin embargo, se señaló que, al actualizarse la Ley Modelo, no convendría apartarse de los principios básicos que la conformaban ni modificar las disposiciones que hayan resultado de utilidad.

82. La Comisión decidió encomendar a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) la elaboración de propuestas para revisar la Ley Modelo. Se dio un mandato flexible al Grupo de Trabajo, consistente en determinar, en sus consideraciones, las cuestiones que deberían abordarse, y se pidió a la Secretaría que presentara al Grupo de Trabajo notas apropiadas en que se analizaran más a fondo las cuestiones tratadas en la nota de la Secretaría (A/CN.9/553), para facilitar así al Grupo de Trabajo la redacción de sus consideraciones. (Con respecto a los dos próximos períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, véase el párrafo 136 a) *infra.*)

---

22 Ibíd, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párrs. 225 a 230.

23 Ibíd., párr. 229.

24 Ibíd., párrs. 229 y 230.

IX. Seguimiento legislativo de la Convención de Nueva York

83. La Comisión recordó que, en su 28º período de sesiones, celebrado en 1995, había aprobado un proyecto, emprendido conjuntamente con el Comité D de la Asociación Internacional de Abogados, destinado a evaluar el seguimiento legislativo de la Convención de Nueva York[25]. La Secretaría presentó verbalmente a la Comisión un informe al respecto especificando que, al 8 de abril de 2004, el número de Estados parte en la Convención era de 134 y que la Secretaría había recibido 75 respuestas al cuestionario.

84. La Comisión expresó su reconocimiento a los Estados parte que habían enviado respuestas desde el 36º período de sesiones y pidió a los restantes Estados parte que hicieran lo propio. Se invitó a la Secretaría a que, en la medida en que dispusiera de los recursos necesarios, hiciera todo lo posible por preparar un análisis preliminar de las respuestas recibidas para que la Comisión pudiera examinarlo en 2005, en su 38º período de sesiones.

X. Jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI y compendios de jurisprudencia relativos a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y a otros textos de derecho uniforme

A. Jurisprudencia

85. La Comisión observó con satisfacción que proseguía la labor relativa al sistema establecido para la recopilación y difusión de jurisprudencia de la CNUDMI (sistema CLOUT), que consistía en preparar extractos o breves resúmenes de las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales que se inspiraban en textos de la Comisión, recopilar textos completos de esas resoluciones y laudos, y en preparar ayudas de investigación e instrumentos analíticos, como tesauros e índices. Hasta el 22 de junio de 2004, se habían publicado 42 números de la serie CLOUT, en los que se reseñaban 489 casos, en su mayoría relativos a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[26] y a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional[8].

86. La Comisión expresó su reconocimiento a los corresponsales nacionales por la labor que habían realizado seleccionando resoluciones y laudos y preparando extractos. En general se consideró que el sistema CLOUT seguía constituyendo una importante faceta de las actividades generales de información sobre capacitación y asistencia técnica efectuadas por la CNUDMI. Las delegaciones también consideraron en general que la amplia distribución del sistema CLOUT, tanto en forma impresa como electrónica, en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, promovía la interpretación y aplicación uniformes de los textos de la CNUDMI al facilitar el acceso a sentencias y laudos dictados en otros Estados.

---

[25] Ibíd., *quincuagésimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/50/17), párrs. 401 a 404.

[26] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, Núm. 25567.

B. Compendio de jurisprudencia relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y otros textos de derecho uniformes

87. La Comisión recordó que, en su 34º período de sesiones, celebrado en 2001[27], había pedido a la Secretaría que preparara, en cooperación con expertos y corresponsales nacionales, un texto en forma de compendio analítico de resoluciones judiciales y laudos arbitrales en el que se expusieran las tendencias de interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. La Comisión fue informada de que se había preparado un compendio al respecto, teniendo en cuenta las directrices que, a tal efecto, había dado la Comisión[27]. La Comisión, tomando nota de la introducción al compendio de jurisprudencia relativa a la Convención sobre la Compraventa (A/CN.9/562), expresó su reconocimiento a los expertos y corresponsales nacionales por su contribución a la preparación de ese compendio. La Comisión también fue informada de que, atendiendo a la solicitud que había formulado en 2002 en su 35º período de sesiones[28], la Secretaría había preparado una muestra de compendio de la jurisprudencia relativa a los artículos 3, 14 y 34 de la Ley Modelo (A/CN.9/563 y Add.1).

88. Ambos compendios, que se publicarían en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, recibieron un amplio apoyo por parte de los miembros de la Comisión, y se señaló que los compendios, ayudarían a difundir información sobre esos dos textos y promoverían aún más su adopción, así como su interpretación uniforme. Además, se dijo que los compendios ayudarían a magistrados, árbitros, profesionales del derecho, académicos y funcionarios públicos a utilizar de forma más eficiente la jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI. Además, los compendios restarían fuerza a toda objeción o reserva en el sentido de que los textos de la CNUDMI no contribuían a fomentar la certeza jurídica porque no se tenía suficiente experiencia en su aplicación. El compendio relativo a la Convención sobre la Compraventa ayudaría a reducir la práctica de excluir su aplicabilidad a contratos a los que de otro modo sí se aplicaría la Convención.

89. En el contexto del debate relativo a las muestras de compendio sobre la jurisprudencia basada en la Ley Modelo, se sostuvo que el compendio no debería constituir una fuente de autoridad independiente que indicara cómo debía interpretarse una determinada disposición, sino que debería servir de referencia al resumir e indicar las decisiones que se habían incluido en los compendios. Además, se reafirmó que los compendios debían presentar las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales de forma objetiva, sin formular ninguna crítica ni preferencia[29]. También se dijo que en el compendio sobre la Ley Modelo debía procurarse no parafrasear las disposiciones de la Ley Modelo, a fin de no desvirtuar su letra.

90. La Comisión observó que en 2005 se conmemorarían el 25º aniversario de la aprobación de la Convención sobre la Compraventa y el 20º aniversario de la adopción de la Ley Modelo, y tomó nota con satisfacción de que en diferentes

---

[27] *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párr. 395.

[28] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párr. 243.

[29] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párr. 393 a 395.

regiones del mundo se organizarían conferencias para conmemorar esos aniversarios y para examinar la experiencia de los tribunales judiciales y arbitrales con esos textos (véase también el párrafo 61 *supra*). Se invitó a los Estados a que organizaran conferencias con ese fin.

91. Teniendo en cuenta estas observaciones, la Comisión expresó su satisfacción por la publicación del compendio de jurisprudencia basada en la Convención sobre la Compraventa y pidió a la Secretaría que concluyera la preparación del compendio de jurisprudencia relativa a la Ley Modelo.

XI. Capacitación y asistencia técnica: seguimiento de la evaluación en profundidad de la labor de la secretaría de la Comisión en materia de capacitación y asistencia técnica

92. La Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría (A/CN.9/560) en la que se describían las actividades de capacitación y asistencia técnica efectuadas desde su 36º período de sesiones, así como la orientación de las actividades futuras, en particular en vista de que en diciembre de 2003 la Asamblea General había aprobado la contratación de recursos humanos suplementarios para la secretaría de la CNUDMI (tres puestos del cuadro orgánico), que se dedicarían en parte a la realización de la función ampliada de capacitación y asistencia técnica. La Comisión observó que ya estaba en marcha el proceso de contratación; se habían proveído dos puestos y la vacante para el tercero se había anunciado.

93. La Comisión pidió a la Secretaría que preparara un programa de trabajo y un calendario para la aplicación de la función ampliada de asistencia técnica. Recomendó que la Secretaría determinara las necesidades nacionales y regionales, en colaboración con organizaciones nacionales, regionales e internacionales, como el Centro de Comercio Internacional, y con las misiones permanentes ante las Naciones Unidas; las necesidades de asistencia jurídica técnica para la reforma del derecho mercantil internacional; y las oportunidades para la realización de programas conjuntos, así como las oportunidades que brindaban los programas existentes, en los que se prestaba asistencia jurídica técnica en este campo.

94. La Comisión reiteró su llamamiento a todos los Estados, organizaciones internacionales y otras entidades interesadas para que estudiaran la posibilidad de aportar contribuciones al Fondo Fiduciario para Simposios de la CNUDMI, de ser posible en forma de contribuciones plurianuales, a fin de facilitar la planificación y de que la Secretaría pudiera atender el creciente número de solicitudes de capacitación y asistencia jurídica técnica recibidas de países en desarrollo y de Estados con economías en transición. La Comisión expresó su agradecimiento a los Estados que habían aportado contribuciones al Fondo desde el 36º período de sesiones, a saber Francia, Grecia, México, Singapur y Suiza. También expresó su reconocimiento a las organizaciones que habían contribuido al programa proporcionando fondos o personal o acogiendo seminarios.

95. La Comisión hizo un llamamiento a los órganos pertinentes del sistema de las Naciones Unidas, así como a organizaciones, instituciones y particulares, para que hicieran contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario establecido que permitieran sufragar los gastos de viaje de los representantes de países en desarrollo que son

miembros de la Comisión. La Comisión observó que desde su 36º período de sesiones no se había recibido ninguna contribución a ese Fondo Fiduciario, pero dio las gracias a los países que habían aportado contribuciones desde la creación del Fondo, a saber, Austria, Camboya, Chipre, Kenya, México y Singapur.

96. Se observó que, desde el 36º período de sesiones de la Comisión, la Secretaría había organizado seminarios y misiones de información (véase A/CN.9/560, párr. 19). También se tomó nota de que algunos funcionarios de la Secretaría habían participado como oradores en diversas reuniones convocadas por otras organizaciones y de que no se habían podido atender varias solicitudes por falta de recursos.

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

97. Tomando como base una nota de la Secretaría (A/CN.9/561), la Comisión examinó la situación de las convenciones y leyes modelo dimanadas de su labor, así como la de la Convención de Nueva York. La Comisión observó con agrado las nuevas medidas adoptadas por Estados y entidades jurisdiccionales desde la clausura de su último período de sesiones, el 11 de julio de 2003, con respecto a los siguientes instrumentos:

a) Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 1974), enmendada por el Protocolo del 11 de abril de 1980[30]. Adhesión reciente del Paraguay; número de Estados parte: 18;

b) Convención [no enmendada] sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 1974)[31]. Adhesión reciente del Paraguay; número de Estados parte: 25;

c) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980). Adhesión reciente de la República de Corea; número de Estados parte: 63;

d) Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Adhesión reciente de Nicaragua; número de Estados parte: 134;

e) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985). Nuevos Estados que han promulgado legislación sobre la base de la Ley Modelo: Bangladesh, España, Japón y Tailandia;

f) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994). Nuevos Estados que han promulgado legislación sobre la base de la Ley Modelo: Eslovaquia;

g) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)[32]. Nuevos Estados que han promulgado legislación basada en la Ley Modelo:

---

30 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1511, Núm. 26121.

31 Ibíd., Núm. 26119.

32 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/51/17), anexo I.

Mauricio, Panamá, República Dominicana y Sudáfrica; entre los territorios de ultramar dependientes del Reino Unido de Gran Bretaña, las Islas Caimán; y, en los Estados Unidos de América, el Estado de Massachussets;

h) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997). Nuevos Estados que han promulgado legislación sobre la base de la Ley Modelo: Polonia y Rumania;

i) Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001)[33]. Estados que han promulgado legislación basada en la Ley Modelo: México;

j) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional (2002)[34]. Estados que han promulgado legislación basada en la Ley Modelo: Croacia. La *Uniform Mediation Act,* que preparó la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, en los Estados Unidos, y que fue recomendada a los Estados de la Unión, también estaba basada en la Ley Modelo.

98. Se pidió a los Estados que ya hubieran promulgado o estuvieran a punto de promulgar legislación basada en una ley modelo preparada por la Comisión o que se estuvieran planteando adoptar medidas legislativas respecto de una convención dimanada de la labor de la Comisión, que informasen al respecto a la secretaría de la Comisión. A este respecto se informó a la Comisión de que su secretaría insertaría, en la página de la CNUDMI en Internet, los textos de las leyes nacionales promulgadas, que figurarían en el idioma original o traducidas, aunque no fuera oficialmente, a uno o varios idiomas oficiales de las Naciones Unidas. Se estimó que a los Estados les resultaría útil poder consultar la legislación nacional de otros Estados promulgada sobre la base de los instrumentos de la CNUDMI cuando estudiaran la aprobación de una legislación similar. Se pidió a los Estados Miembros que ayudaran a la secretaría a obtener las autorizaciones pertinentes para publicar legislación en el sitio de la CNUDMI en Internet, cuando un determinado texto o una base de datos legislativa estuvieran amparados por derechos de autor.

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

---

[33] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17,* (A/56/17), anexo II.

[34] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17*, (A/57/17), anexo I.

XIII. Resoluciones pertinentes de la Asamblea General

A. Resoluciones 58/75 y 58/76

100. La Comisión tomó nota con reconocimiento de las resoluciones de la Asamblea General 58/75, relativa al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones, y 58/76, referente a las Disposiciones Legales Modelo sobre los Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, ambas de 9 de diciembre de 2003.

B. Resolución 58/270

101. La Comisión tomó nota además con reconocimiento de la resolución 58/270 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 2003, titulada "Cuestiones relativas al proyecto de presupuesto por programas para el bienio 2004-2005", en cuyo anexo III la Asamblea General decidió aprobar los siguientes nuevos puestos del cuadro orgánico de la secretaría de la Comisión, que se financiarían con cargo al presupuesto ordinario para el bienio 2004-2005: un puesto de D-2, un puesto de P-5 y un puesto de P-2. A ese respecto, la Comisión recordó las deliberaciones que había mantenido, sobre el reforzamiento de su secretaría en sus períodos de sesiones 35º y 36º[35,36].

102. Se informó a la Comisión de que ya se habían proveído dos de los nuevos puestos, uno de ellos mediante una transferencia lateral desde Nueva York, y el tercero se había anunciado como puesto vacante con miras a concluir lo antes posible el proceso de contratación. A raíz de la ampliación de la secretaría de la Comisión, se reclasificó la Subdivisión, que ascendió a la categoría de División (División de Derecho Mercantil Internacional), dentro de la Oficina de Asuntos Jurídicos. La Comisión observó que la División se hallaba en proceso de reestructuración: en particular, como se había informado a la Comisión en su 36º período de sesiones[37], su labor se había dividido en dos componentes principales, uno consistente principalmente en elaborar legislación uniforme, y otro centrado en la coordinación de la asistencia técnica y los asuntos externos.

XIV. Coordinación y cooperación: seguimiento de la evaluación en profundidad de la labor de la secretaría de la Comisión en materia de coordinación y cooperación

A. Coordinación de la labor en materia de garantías reales

103. La Comisión dispuso de una nota de la Secretaría titulada "Coordinación de tareas: actividades de las organizaciones internacionales en materia de garantías

---

[35] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párrs. 258 a 271.

[36] Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párrs. 256 a 261.

[37] Ibíd., párrs. 257 y 258.

reales" (A/CN.9/565). La Comisión observó con reconocimiento los esfuerzos realizados por su secretaría en aras de la coordinación y convino en que era preciso redoblar los esfuerzos para lograr que todas las organizaciones que se ocupaban del tema de las garantías reales dieran a los Estados un asesoramiento exhaustivo y consecuente.

104. La Comisión tomó nota en particular de que la Comisión Europea estaba tratando de preparar un nuevo instrumento comunitario en que se regularía la cuestión de la ley que habría de regir los efectos de las cesiones frente a terceros, que el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (resolución 56/81 de la Asamblea General, anexo) había determinado que fuera la ley del Estado en que estuviera situado el cedente. A este respecto, la Comisión tomó nota con reconocimiento de que en los contactos iniciales de su secretaría con representantes de la Comisión Europea se había puesto de manifiesto el deseo de abordar el tema de forma coordinada y acorde con lo dispuesto en la Convención sobre la Cesión de Créditos.

105. En general se estimó que la norma enunciada en el artículo 22 de la Convención sobre la Cesión de Créditos daba certeza y seguridad a los terceros, por lo que era muy probable que aumentara la oferta de crédito financiero y que disminuyera su costo; además, la adopción de una norma distinta por parte de la Unión Europea no sólo repercutiría de forma negativa en la oferta y el costo del crédito, sino que además alteraría las relaciones comerciales entre partes situadas dentro y fuera de la Unión Europea, así como entre partes de la Unión Europea en caso de conflicto de prelación ante un tribunal de un país no perteneciente a la Unión.

106. Varios Estados, entre ellos algunos Estados miembros de la Unión Europea, habían indicado que se estaban planteando la posibilidad de ratificar la Convención sobre la Cesión de Créditos o de adherirse a ella, por lo que tenían gran interés en que la Unión Europea enfocara la cuestión de la ley que habría de regir los efectos de las cesiones frente a terceros de un modo acorde con el criterio enunciado en el artículo 22 de dicha Convención. Durante el debate se apoyó firmemente la idea de celebrar una reunión de coordinación en la que participaran representantes de la Comisión Europea, de la CNUDMI y del sector mercantil a fin de resolver la cuestión cuanto antes y de eliminar así todo obstáculo que pudiera impedir que la Convención sobre la Cesión de Créditos fuera adoptada por un gran número de Estados.

107. Tras deliberar, la Comisión recomendó que se hiciera todo lo posible por evitar que en un futuro instrumento de la Unión Europea se adoptara un criterio diferente al que se ha seguido en el artículo 22 de la Convención sobre la Cesión de Créditos y se pidió a la Secretaría que organizara una reunión con representantes de la Comisión Europea, de los Estados Miembros y del sector mercantil con miras a resolver la cuestión lo antes posible.

B. Coloquio internacional sobre el fraude comercial

108. En su 35º período de sesiones, la Comisión había examinado la propuesta de que la Secretaría preparara un estudio de las prácticas financieras y comerciales fraudulentas en diversos ámbitos del comercio y las finanzas para que la Comisión

la examinara en un futuro período de sesiones. En aquel período de sesiones, se había informado a la Comisión de que las prácticas fraudulentas, que con frecuencia eran de carácter internacional, tenían importantes repercusiones económicas adversas para el comercio mundial y afectaban negativamente a los mecanismos lícitos que en él se aplicaban. Se observó que la incidencia de este tipo de fraude iba en aumento, en particular desde la aparición de Internet, que había dado paso a nuevas formas de fraude[38].

109. En su 36º período de sesiones, la Comisión había examinado una nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de fraude comercial (A/CN.9/540). En ese período de sesiones la Comisión fue informada de que uno de los principales problemas que planteaba la lucha eficaz contra el fraude comercial residía en la dificultad de aunar los esfuerzos de los órganos públicos y privados pertinentes que se requerían para ello, y se había apoyado la recomendación formulada por la Secretaría de que se organizara un coloquio internacional para estudiar diversos aspectos del problema del fraude comercial desde el punto de vista del derecho privado y para propiciar un intercambio de opiniones entre las diversas partes interesadas, incluidas las entidades dependientes de gobiernos nacionales, las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones privadas pertinentes con especial interés y experiencia en la lucha contra el fraude comercial[39].

110. En su 37º período de sesiones, la Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría que contenía un informe relativo al Coloquio sobre fraude comercial internacional (A/CN.9/555), celebrado en Viena del 14 al 16 de abril de 2004. La Comisión expresó su reconocimiento por el informe y por las sugerencias de labor futura que en él se formulaban (A/CN.9/555, párrs. 62 a 71). Varios oradores manifestaron que la proliferación del fraude comercial obstaculizaba cada vez más el crecimiento del comercio internacional.

111. En cuanto a la futura labor que cabría realizar en materia de fraude comercial, la Comisión estuvo de acuerdo en que sería conveniente que, cuando procediera, estudiara ejemplos de fraude comercial al examinar proyectos concretos, a fin de que las delegaciones que se ocuparan de esos proyectos pudieran tener en cuenta el problema del fraude en sus deliberaciones. Se pidió a la Secretaría que siempre que fuera oportuno facilitara esos debates.

112. Además, observando que la formación y la capacitación desempeñaban un importante papel en la prevención del fraude, la Comisión tomó nota con interés de las sugerencias de que la Secretaría examinara la posibilidad de preparar, en estrecha consulta con los expertos, incluidos los que habían intervenido en la preparación del Coloquio, listas de las maniobras que caracterizaban las operaciones fraudulentas más comunes. Esas listas, acompañadas de observaciones, podían ser muy instructivas para las partes en el comercio internacional y para otras entidades que pudieran ser blanco de las estratagemas de fraude, ya que las ayudarían a protegerse y a evitar los consiguientes perjuicios. Se podía invitar a las organizaciones internacionales y nacionales interesadas en la lucha contra el fraude comercial a que distribuyeran ese material entre sus miembros, con lo cual se

---

[38] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párrs. 279 a 290.

[39] Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párrs. 238 y 240.

podrían poner a prueba las listas y mejorarlas. Si bien no se propuso que la propia Comisión o sus grupos de trabajo intergubernamentales se ocuparan directamente de ello, la Secretaría mantendría a la Comisión informada del asunto.

C. Aplicación de la resolución 58/75 de la Asamblea General y del informe de la Oficina de Servicios de Supervisión Interna

113. La Comisión tomó nota de las disposiciones de la resolución 58/75 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2003, relativa a la función de coordinación de la Comisión, así como del informe de la Oficina de Servicios de Supervisión Interna sobre la evaluación a fondo de los asuntos jurídicos[40], y en particular de la recomendación 13, titulada "Aumento de la coordinación con las organizaciones de derecho mercantil", cuyo texto era el siguiente:

> "Con objeto de fomentar la coordinación de conformidad con su mandato básico y de asegurar la adopción de medidas concertadas para afrontar cuestiones comunes, la Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional debería reunirse anualmente con las principales organizaciones que se ocupan de los asuntos relacionados con el derecho mercantil, a fin de compartir información y planes de trabajo."

114. En general se apoyó la idea de que la Comisión, como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, adoptara una actitud más dinámica, por medio de su secretaría, en el cumplimiento de la parte de su mandato relativa a la coordinación de las actividades de las organizaciones internacionales que se ocupaban de temas de derecho mercantil internacional, tanto dentro como fuera del sistema de las Naciones Unidas. Se acordó que esa tarea de coordinación incluyera el establecimiento de pautas de comunicación periódica con las organizaciones intergubernamentales. También se convino en que, cuando procediera, la Comisión colaborara con las organizaciones no gubernamentales internacionales que formulaban las normas para regir el comercio internacional. Asimismo, cabía prever que la Comisión desempeñara un papel más importante en la coordinación de los programas de trabajo de las diversas organizaciones interesadas. Las delegaciones reconocieron en su mayoría que el cumplimiento de esa parte del mandato de la Comisión, que dependía en gran medida de que se dispusiera de los recursos necesarios, se vería facilitado por el reciente aumento de la dotación de personal de su secretaría.

115. En cuanto a los medios prácticos para fomentar la coordinación conforme a lo dispuesto en la recomendación 13, se acordó en general que la idea de reunirse anualmente con las organizaciones internacionales que se ocupaban de temas de derecho mercantil se interpretara con flexibilidad a fin de que pudieran efectuarse intercambios periódicos de información sector por sector (por ejemplo, en lo relativo a la contratación pública, la solución de controversias por vía informática, los títulos de transporte, la insolvencia y las operaciones garantizadas). También se convino en insistir de modo especial en la coordinación de actividades entre la Comisión y las organizaciones regionales. A ese respecto, se acordó que la

[40] E/AC.51/2002/5.

Comisión debía tratar de promover una mayor aplicación de sus normas con miras a armonizar el derecho mercantil a nivel regional.

XV. Otros asuntos

A. Cooperación entre las Naciones Unidas y los agentes no estatales, en particular el sector privado

116. La Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría sobre la evolución reciente, en todo el sistema de las Naciones Unidas, de la cooperación entre las Naciones Unidas y los agentes no estatales, en particular el sector privado, y sobre las posibles consecuencias para la labor de la Comisión (A/CN.9/564). La Comisión convino en destacar la importancia que tenía para la labor de la Comisión conseguir una colaboración activa con agentes no estatales, mediante su participación directa en reuniones de la Comisión y de sus grupos de trabajo intergubernamentales, en la tarea de promoción de los textos aprobados por la Comisión y en la de prestar asistencia técnica para la aplicación de los textos de la CNUDMI.

117. Con respecto a las asociaciones público-privadas, la Comisión escuchó la intervención de un representante de la Oficina de la Secretaría encargada del Pacto mundial acerca de los orígenes, metas y objetivos del Pacto Mundial y sus logros, así como del número de adhesiones a dicho Pacto hasta la fecha. Los principios fundamentales en materia de derechos humanos, las normas laborales y el medio ambiente, que el Pacto Mundial procuraba integrar en las actividades empresariales para fomentar una actitud cívica de las empresas, venían enunciados en el párrafo 6 de la nota de la Secretaría (A/CN.9/564), y se puede obtener más información consultando el sitio del Pacto en Internet (www.unglobalcompact.org). La Comisión tomó nota de la pertinencia del Pacto Mundial para la labor de la Comisión y de la posibilidad de que los textos de la CNUDMI podían fomentar los objetivos del Pacto. La Comisión recomendó que los Estados miembros y observadores pusieran la información sobre esa iniciativa en conocimiento de las empresas privadas y asociaciones comerciales de sus propios países, como las cámaras de comercio, a fin de promover una mayor adhesión a los principios y su concreción en la realidad.

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

118. Se tomó nota con reconocimiento de que el Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Escuela de Derecho de la Universidad Pace de White Plains (Nueva York) había organizado el 11º Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis en Viena del 2 al 8 de abril de 2004. Como en años anteriores, el Concurso había sido copatrocinado por la Comisión. Se observó que las cuestiones jurídicas tratadas con los equipos de estudiantes que participaron en el 11º Concurso se habían basado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, las reglas de arbitraje internacional del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Convención de Nueva York. Participaron en el 11º Concurso unos 135 equipos de facultades de derecho de 42 países. El mejor equipo en la presentación de argumentos orales fue el de Osgoode Hall, de la Universidad

de York, de Toronto (Canadá). La Comisión tomó nota de que su secretaría había organizado conferencias relacionadas con su labor coincidiendo con el período en que había tenido lugar el Concurso. Se estimó en general que el Concurso anual, con su amplia participación internacional, constituía una excelente oportunidad para difundir información acerca de los textos jurídicos uniformes y la enseñanza del derecho mercantil internacional. Se tomó nota de que el 12º Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis se celebraría en Viena del 18 al 24 de marzo de 2005.

C. Sitio de la CNUDMI en Internet

119. La Comisión expresó su reconocimiento por la creación del sitio de la CNUDMI en Internet (www.uncitral.org), que contenía documentos actuales y trabajos preparatorios en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas. La Comisión consideró que el sitio de la CNUDMI en Internet era un importante componente de su programa general de actividades de información y de formación y asistencia técnica, y señaló que los representantes recurrían cada vez en mayor medida a él por el rápido acceso que proporcionaba a los documentos que necesitaban en su labor. La Comisión alentó a la Secretaría a que, en su labor de mantenimiento y mejoramiento del sitio, siguiera teniendo presente el principio del plurilingüismo.

D. Bibliografía

120. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a su labor (A/CN.9/566). Se informó a la Comisión de que la bibliografía se actualizaba constantemente en el sitio de la CNUDMI en Internet. La Comisión subrayó que era importante que la bibliografía fuera lo más completa posible y, por ese motivo, pidió a los gobiernos, a las instituciones docentes y a otras organizaciones competentes, así como a diversos autores, que enviaran a su secretaría ejemplares de las publicaciones pertinentes.

E. Limitación de la documentación

121. La Comisión fue informada de un memorando interno del Secretario General, de 21 de abril de 2004, que contiene directrices sobre la elaboración o la compilación de informes por la Secretaría. Con arreglo a las directrices sobre la elaboración de los informes (incluidos los de los órganos intergubernamentales) deben estar “orientados a la adopción de medidas” y limitados a:

1. Una exposición breve de las cuestiones de organización y procedimiento.
2. Las recomendaciones, incluidas las resoluciones y decisiones aprobadas.
3. Las recomendaciones de política derivadas de diálogos entre interesados múltiples y de grupos de debate o mesas redondas en lugar de resúmenes de las reuniones.
4. Acontecimientos, conclusiones y recomendaciones nuevos, en particular en el caso de los informes periódicos.

5. Citas de documentos de las Naciones Unidas únicamente cuando se trate de bases legislativas.

Además, las directrices de redacción disponen que los informes no deben incluir:

1. Resúmenes de declaraciones formuladas en las sesiones de apertura y clausura, salvo que sean pertinentes para las conclusiones a que se llegue.
2. Resúmenes de las declaraciones formuladas por particulares; en su lugar podrían incluirse listas de oradores sobre cada uno de los temas.
3. Resúmenes generales de las declaraciones referentes a cada uno de los temas.
4. Análisis de la información facilitada, salvo que sea necesario para justificar las conclusiones en materia de políticas.
5. Exposiciones extensas de cuestiones de organización y procedimiento.
6. Repeticiones de textos publicados o de textos que únicamente contengan cambios de poca entidad.
7. Información no pertinente que no contribuya a las deliberaciones.

Por último, según las directrices de redacción:

1. El hecho de que los informes se elaboren cada dos o tres años y se unifiquen no es motivo para sobrepasar los límites del número de páginas.
2. Cuando no se pida explícitamente al Secretario General que reproduzca *in extenso* la información que reciba de los Estados Miembros, las respuestas de los gobiernos deberán resumirse y deberán aplicarse los límites del número de páginas.
3. Deben establecerse plazos para incluir la información solicitada de los Estados Miembros, que deben respetarse.
4. Cuando sea posible, deben proporcionarse cuestionarios específicos con el fin de acotar la información que se reciba. En los cuestionarios podría también alentarse a que las respuestas se limitaran a una extensión predeterminada.
5. Deben presentarse a los órganos interesados una lista de los informes solicitados en cada período de sesiones antes de su clausura.

122. En su memorando, el Secretario General pidió a los funcionarios de la Secretaría que velaran por que los informes de su competencia, incluidos los que se habían de distribuir en nombre de órganos intergubernamentales y de expertos, se prepararan en estricta conformidad con las directrices sobre la elaboración de los informes.

123. En lo que respecta al concepto de "limitación de páginas", mencionado en el memorando, se señaló a la Comisión un informe del Secretario General titulado "Mejorar el desempeño del Departamento de Asuntos de la Asamblea General y de Gestión de Conferencias" (A/57/289), cuyo párrafo 57 dice lo siguiente:

> "57. **Hacer cumplir el límite de páginas**. Como resultado de las instrucciones más estrictas que ha impartido el Secretario General, se está aplicando sistemáticamente el límite de 16 páginas (7.200 palabras) para los informes presentados por la Secretaría. Sólo se hacen excepciones a la norma en unos pocos casos. Por otra parte, hay que prestar mayor atención a la norma de las 20 páginas (9.000 palabras) para los informes de los órganos subsidiarios, los relatores especiales y otros, que representan una proporción importante de los documentos publicados. Esencialmente, el límite de las 20 páginas servirá ahora de directriz para todos los informes a los que no se aplique el límite de las 16 páginas. Puesto que suelen ser funcionarios de la Secretaría quienes redactan esos informes, se les pedirá que procuren atenerse a la norma."

Además, se señaló a la Comisión la resolución 53/208 B de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1998, en que la Asamblea insistía una vez más en la necesidad de que se respeten los límites fijados para el número de páginas e invita a todos los órganos intergubernamentales a que consideren, cuando proceda, la posibilidad de reducir aún más la longitud de sus informes, de 32 a 20 páginas, sin perjudicar la calidad de la presentación ni el contenido de los informes.

124. La Comisión agradeció la presentación de información de antecedentes sobre las directrices de redacción enunciadas en el memorando del Secretario General (véase el párrafo 121 *supra*), encaminado a hacer cumplir los límites de páginas establecidos para los informes de los órganos subsidiarios. No obstante, la Comisión recordó las características particulares de su labor, que hacían que no correspondiera imponer limitaciones de páginas en la documentación de la Comisión ni de sus órganos subsidiarios.

125. La Comisión observó que fue creada por la Asamblea General mediante su resolución 2205 (XXI) con un mandato amplio de promover la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional y que, a ese respecto, había de tener presentes los intereses de todos los pueblos, en particular los de los países en desarrollo, al promover un amplio progreso del comercio internacional. La Comisión recordó además que, si las normas jurídicas internacionales habían de elaborarse por consenso, la formación de tal consenso requeriría por lo general un análisis y una expresión precisa del derecho y de las prácticas comerciales existentes. Además, la Comisión recordó que las normas jurídicas que preparaba para que los Estados las tuvieran presentes al modernizar su legislación de derecho mercantil internacional habían de justificarse por el derecho vigente y por los requisitos para su progresivo desarrollo habida cuenta de las necesidades actuales de la comunidad internacional. De esa manera, los proyectos de artículo u otras recomendaciones recogidas en la documentación preparada por la Comisión o por sus órganos subsidiarios y en los informes de la Comisión y de sus órganos subsidiarios tenían que respaldarse con referencias suficientes al derecho, a la práctica comercial y otros datos pertinentes, incluidos los tratados, las resoluciones judiciales y, en ocasiones, la doctrina.

126. Además, la Comisión observó que era necesario mantener el nivel de detalle y la alta calidad de su documentación por las razones siguientes: a) ese nivel de detalle y esa alta calidad constituía un componente fundamental del proceso de consulta con los Estados y de obtención de sus opiniones; b) ayudaban a los Estados a comprender e interpretar las normas enunciadas en los instrumentos jurídicos preparados por la Comisión; c) formaban parte de los trabajos preparatorios de esos instrumentos, que con frecuencia se remitían a ellos o los citaban los legisladores nacionales, los jueces y los abogados que aplicaban esas normas; y d) contribuían a la difusión de información sobre el derecho mercantil internacional con arreglo al programa pertinente de las Naciones Unidas.

127. En consecuencia, la Comisión consideró que sería totalmente inapropiado tratar de fijar de antemano y de forma abstracta el número máximo de páginas de sus informes o de los de sus órganos subsidiarios, o el de los diversos estudios y otros documentos de trabajo que se le presentaran o que se presentaran a sus órganos subsidiarios. Como ya se ha explicado más arriba, la longitud de un determinado documento de la Comisión depende de diversos factores variables, como el carácter del tema y la extensión de la práctica jurídica, de la doctrina y de los precedentes pertinentes. La Comisión estimó, por consiguiente, que las reglas de limitación del número de páginas, como las que figuraban en el informe del Secretario General (A/57/289), no deberían aplicarse a su propia documentación. A ese respecto, la Comisión señaló una importante condición recogida en las directrices del Secretario General sobre la preparación de informes, en virtud de la cual los informes no debían incluir "análisis de información facilitada, salvo que sean necesarios para justificar las conclusiones en materia de política". En la medida en que los informes de la Comisión y de sus órganos subsidiarios contienen casi siempre explicaciones y recomendaciones adoptadas respecto de los textos jurídicos preparados por la Comisión, esas explicaciones y recomendaciones constituían "conclusiones en materia de política" y debían necesariamente respaldarse con los "análisis de la información" que eran los trabajos preparatorios. La Comisión acordó por unanimidad que los trabajos preparatorios eran indispensables en las deliberaciones legislativas y en las interpretaciones judiciales y que diferían fundamentalmente de los resúmenes de las sesiones en que se mantenían otros tipos de deliberaciones.

128. Se señaló que cabía hacer excepciones sobre el número de páginas de ciertos documentos, pero que el proceso de exención llevaba tiempo. La Comisión instó a la Asamblea General a que reexaminara la restricción del número de páginas de la documentación de la CNUDMI. La Comisión recordó también que tanto ella como sus órganos subsidiarios eran plenamente conscientes de la necesidad de hacer economías siempre que fuera posible en el volumen general de documentación y que seguirían teniendo presentes esas consideraciones, como lo demostraban los esfuerzos realizados, en concreto, por su Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), que recientemente había logrado reducir considerablemente la extensión de su informe (A/CN.9/552). No obstante, se consideró en general que esos esfuerzos habían llegado al límite y que una mayor reducción mermaría considerablemente el nivel de calidad indispensable de la documentación para que reflejara las consecuencias de las disposiciones de un proyecto particularmente importante y complejo.

F. Actas resumidas

129. Se informó a la Comisión de que, en su resolución 58/250, de 23 de diciembre de 2003, la Asamblea General había pedido al Secretario General que "en estrecha consulta con todos los órganos intergubernamentales pertinentes, revise la lista de órganos que tienen derecho a actas resumidas, con miras a evaluar su necesidad, y estudie la posibilidad de proporcionarlas de manera más eficiente y eficaz. Por lo tanto, se había pedido a la Secretaría que consultara a los miembros de la Comisión para determinar si podrían plantearse la posibilidad de renunciar a que se hicieran actas resumidas de sus reuniones o de que se limitaran. Los dos principales factores que se señalaron a la Comisión en nombre del Comité de Conferencias fueron los recursos limitados disponibles para realizar esas actas y el consiguiente retraso en su publicación. Se informó a la Comisión de que, en las circunstancias actuales, era improbable que, en un futuro previsible, se publicaran las actas en su debido momento. En sustitución de las actas resumidas se sugirieron a la Comisión las siguientes opciones: a) transcripciones taquigráficas sin editar en el idioma original (como las que actualmente se hacen para la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos); b) grabaciones sonoras digitales de las actuaciones en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, que podrían escucharse en el sitio de las Naciones Unidas en Internet o en cabinas especialmente habilitadas a tal efecto; c) distribución provisional de actas resumidas en el idioma original, con distribución posterior de las versiones en los demás idiomas; o d) limitación de las actas resumidas a las reuniones en que se adoptaran decisiones (como las sesiones de la Comisión en las que deliberara sobre las disposiciones de proyectos de instrumentos jurídicos).

130. La Comisión subrayó por unanimidad la importancia de las actas resumidas como elementos esenciales de los trabajos preparatorios que deberían poder consultarse posteriormente a la hora de interpretar los instrumentos elaborados por la Comisión. Hubo acuerdo general en que sería conveniente publicar las actas resumidas al poco tiempo de celebrarse las deliberaciones pertinentes; además, ello permitiría reproducir esas actas en el *Anuario* de la CNUDMI preparado al año siguiente al del período de sesiones pertinente de la Comisión. No obstante, se convino además en que la brevedad del plazo de publicación de las actas resumidas no era el factor más importante, porque seguirían siendo útiles e indispensables para comprender cabalmente la evolución legislativa de un determinado texto jurídico aunque se distribuyeran algunos años después de la aprobación de ese texto. Con respecto a las otras opciones sugeridas, hubo acuerdo en general en que: a) las transcripciones taquigráficas sin editar serían escasamente útiles al no estar traducidas a los demás idiomas oficiales; b) las grabaciones sonoras digitales aun serían menos útiles al no figurar en forma de índices apropiados, con lo cual la consulta de esas grabaciones sería sumamente difícil y requeriría mucho tiempo; c) la distribución provisional de actas resumidas en el idioma original podría ser aceptable, a condición de que las versiones en los demás idiomas también se publicaran, aunque fuera posteriormente; y d) la limitación de la realización de actas resumidas ya se ajustaba a la práctica seguida por la CNUDMI, de cuyas sesiones sólo se hacían actas resumidas cuando se deliberaba sobre las disposiciones de un proyecto de instrumento normativo.

G. Marco estratégico propuesto para el período 2006-2007

131. Se señaló a la Comisión el subprograma 5 (Armonización, modernización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional) del "Marco estratégico propuesto para el período 2006-2007" (A/59/6 (Prog.6)). La Comisión tomó nota con reconocimiento de que, en la preparación de los indicadores de metas para 2006-2007, la Secretaría había sacado provecho de la experiencia habida con la formulación de las metas e indicadores de los logros previstos para el bienio 2002-2003. En particular, en situaciones en que era aceptable o inevitable formular las metas en términos latos o poco precisos, éstas se habían combinado con indicadores de logros pragmáticos y utilizables.

XVI. Lugar y fecha de futuras reuniones

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

132. La Comisión recordó que, en su 36º período de sesiones, había convenido en que: a) los grupos de trabajo celebraran normalmente dos períodos de sesiones al año, de una semana de duración cada uno; b) de ser necesario, se asignaran a un Grupo de Trabajo los días del cupo correspondiente a otro grupo de trabajo que no hubieran sido utilizados, siempre y cuando con esa reasignación no se rebasara el límite total de 12 semanas actualmente fijado para los servicios de conferencias correspondientes a los períodos de sesiones de todos los seis grupos de trabajo de la Comisión; y c) en caso de que un grupo de trabajo solicitara tiempo suplementario que rebasara el límite de las 12 semanas, la Comisión habría de examinar la solicitud y el grupo de trabajo interesado debería presentar debidamente los motivos que justificaran la modificación de la pauta de organización de las reuniones[41]. En el mismo período de sesiones, se había convenido también en que habría que reevaluar, en el 37º período de sesiones de la Comisión, el tema de la duración de los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) (véase también el párrafo 62)[42].

133. En el 37º período de sesiones, por las razones señaladas por la Comisión en su 36º período de sesiones[43], la Comisión decidió autorizar al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) a seguir celebrando períodos de sesiones de dos semanas, aprovechando el hecho de que el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia no preveía reunirse durante el segundo semestre de 2004 ni en 2005.

---

[41] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párr. 275.

[42] Ibíd., párr. 208.

[43] Ibíd., párr. 272.

134. La Comisión aprobó también que el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) celebrara un período de sesiones de dos semanas en octubre de 2004, a fin de asegurar la continuidad del proceso de negociación y redacción del proyecto de convención, así como la distribución de las observaciones formuladas al respecto poco después del período de sesiones de octubre. La Comisión tomó nota de que, al acelerarse la labor del Grupo de Trabajo IV, sería posible que dicho Grupo de Trabajo no tuviera que celebrar un período de sesiones de una semana a fines de 2005.

B. 38º período de sesiones de la Comisión

135. La Comisión aprobó la fecha de su 38º período de sesiones, que se celebraría en Viena del 4 al 22 de julio de 2005. Se observó que la Comisión no pretendía agotar las cuatro semanas de servicios de conferencias que le correspondían para 2005. La duración de su período de sesiones podría reducirse ulteriormente si resultara aconsejable acortarla en función de los proyectos de texto que presentaran los diversos grupos de trabajo.

C. Períodos de sesiones de los Grupos de Trabajo hasta el 38º período de sesiones de la Comisión

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

a) El Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) celebraría su sexto período de sesiones en Viena del 30 de agosto al 3 de septiembre de 2004, y su séptimo período de sesiones tendría lugar en Nueva York del 4 al 8 de abril de 2005;

b) El Grupo de Trabajo II (Arbitraje) celebraría su 41º período de sesiones en Viena del 13 al 17 de septiembre de 2004, y su 42º período de sesiones tendría lugar en Nueva York del 10 al 14 de enero de 2005;

c) El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) celebraría su 14º período de sesiones en Viena del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2004, y su 15º período de sesiones tendría lugar en Nueva York del 18 al 28 de abril de 2005 (el 29 de abril, que es Vienes Santo en el calendario ortodoxo, será un día feriado en las Naciones Unidas);

d) El Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) celebraría su 44º período de sesiones en Viena del 11 al 22 de octubre de 2004, y, de ser necesario, se organizaría un 45º período de sesiones en Nueva York del 11 al 15 de abril de 2005;

e) Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). No se previó ningún período de sesiones para este Grupo de Trabajo;

f) El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) celebraría su sexto período de sesiones en Viena del 27 de septiembre al 1º de octubre de 2004, y su séptimo período de sesiones tendría lugar en Nueva York del 24 al 28 de enero de 2005.

D. Períodos de sesiones de los Grupos de Trabajo en 2005, después del 38º período de sesiones de la Comisión

137. La Comisión señaló que había hecho previsiones provisionales para el calendario de reuniones de los Grupos de Trabajo en 2005, después de que celebrara su 38º período de sesiones. Estas previsiones, que estaban sujetas a que la propia Comisión las aprobara en su 38º período de sesiones, eran las siguientes:

a) El Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) celebraría su octavo período de sesiones en Viena del 17 al 21 de octubre de 2005;

b) El Grupo de Trabajo II (Arbitraje) celebraría su 43º período de sesiones en Viena del 3 al 7 de octubre de 2005;

c) El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) celebraría su 16º período de sesiones en Viena del 28 de noviembre al 9 de diciembre de 2005;

d) Para el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) no se habían previsto períodos de sesiones;

e) Para el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) no se habían previsto períodos de sesiones;

f) El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) celebraría su octavo período de sesiones en Viena del 5 al 9 de septiembre de 2005.

ANEXO

El anexo del informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones figura en la Tercera Parte del presente Anuario.

B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo sobre su 51º período de sesiones

(TD/B/51/8 Vol. I)

Desarrollo progresivo del derecho mercantil internacional: 37º informe anual de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

En su 962ª sesión plenaria, celebrada el 15 de octubre de 2004, la Junta tomó nota del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 37º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 14 al 25 de junio de 2004 (A/59/17).

C. Asamblea General: Informe de la Sexta Comisión relativo al informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 37° período de sesiones (A/59/509)

Relatora: Sra. Anna Sotaniemi (Finlandia)

I. INTRODUCCIÓN

1. En su segunda sesión plenaria, celebrada el 17 de septiembre de 2004, la Asamblea General, por recomendación de la Mesa, decidió incluir en el programa de su quincuagésimo noveno período de sesiones el tema titulado "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 37° período de sesiones" y asignarlo a la Sexta Comisión.

2. La Sexta Comisión examinó el tema en sus sesiones primera, segunda, 14ª y 16ª, celebradas los días 4, 5, 26 y 29 de octubre de 2004. Las declaraciones formuladas en el curso del examen del tema constan en las actas resumidas correspondientes (A/C.6/59/SR.1, 2, 14 y 16).

3. Para su examen del tema, la Comisión tuvo a la vista el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 37° período de sesiones[1].

4. En la primera sesión, celebrada el 4 de octubre, el Presidente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 37° período de sesiones presentó el informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones.

II. EXAMEN DE PROPUESTAS

A. Proyecto de resolución A/C.6/59/L.11

5. En la 14ª sesión, celebrada el 26 de octubre, el representante de Austria presentó, en nombre de Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Belarús, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Croacia, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, ex República Yugoslava de Macedonia, Federación de Rusia, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Grecia, Guatemala, Guinea, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Irlanda, Israel, Italia, Jordania, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Marruecos, México, Mongolia, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Paraguay, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, República Democrática del Congo, República Dominicana, Rumania, Serbia y Montenegro, Sierra Leona, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Trinidad y Tabago,

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento Núm. 17*, (A/59/17).

Turquía, Uganda y Uruguay a los que después se unieron Kenya, Malasia, Túnez y Ucrania, un proyecto de resolución titulado "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 37° período de sesiones" (A/C.6/59/L.11).

6. En la 16ª sesión, celebrada el 29 de octubre, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/59/L.11 sin proceder a votación (véase el párrafo 10, proyecto de resolución I).

7. Después de aprobado el proyecto de resolución, los representantes de los Estados Unidos y el Japón intervinieron para explicar la posición de sus respectivos países (véase A/C.6/59/SR.16).

B. Proyecto de resolución A/C.6/59/L.12

8. En la 14ª sesión, celebrada el 26 de octubre, el Presidente de la Comisión presentó un proyecto de resolución titulado "Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre el Régimen de la Insolvencia" (A/C.6/59/L.12).

9. En la 16ª sesión, celebrada el 29 de octubre, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/59/L.12 sin proceder a votación (véase el párrafo 10, proyecto de resolución II).

III. RECOMENDACIONES DE LA SEXTA COMISIÓN

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

[El texto de los proyectos de resolución no se reproducen en esta sección. Los proyectos de resolución se aprobaron, con cambios de edición, con resoluciones de la Asamblea General 53/39 y 59/40 (véase la sección D, *infra*).]

D. Resoluciones de la Asamblea General 59/39 y 59/40 de 2 de diciembre de 2004

Resoluciones aprobadas por la Asamblea General sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/59/509)

59/39. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 37° período de sesiones

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la que estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y le confirió el mandato de promover la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional y, a ese respecto, tener presentes los intereses de todos los pueblos, en particular los de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional,

Reafirmando su convicción de que la modernización y la armonización progresivas del derecho mercantil internacional, al reducir o eliminar los obstáculos jurídicos que se oponen al flujo del comercio internacional, especialmente los que afectan a los países en desarrollo, contribuirían de modo significativo a la cooperación económica universal entre todos los Estados sobre una base de igualdad, equidad e interés común y a la eliminación de la discriminación en el comercio internacional y, por consiguiente, al bienestar de todos los pueblos,

Habiendo examinado el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 37° período de sesiones[1],

Reiterando su preocupación por el hecho de que las actividades realizadas por otros órganos en el campo del derecho mercantil internacional sin coordinación suficiente con la Comisión puedan dar lugar a una indeseable duplicación del trabajo y no se presten al objetivo de fomentar la eficiencia, la uniformidad y la coherencia en la unificación y la armonización del derecho mercantil internacional,

Reafirmando el mandato conferido a la Comisión para que, en su carácter de órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, coordine las actividades jurídicas en la materia, en particular con el fin de evitar la duplicación del trabajo, incluso entre las organizaciones que formulan normas de comercio internacional, y fomentar la eficiencia, uniformidad y coherencia en la modernización y la armonización del derecho mercantil internacional y, por conducto de su secretaría, mantenga una estrecha colaboración con los demás órganos y organizaciones internacionales, incluidas las organizaciones regionales, que se ocupan del derecho mercantil internacional,

1. *Toma nota con reconocimiento* del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 37° período de sesiones[1];

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/59/17).

2. *Encomia* a la Comisión por haber completado y aprobado la *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*[2];

3. *Encomia también* a la Comisión por los avances realizados en la labor relativa a un proyecto de convención sobre contratación electrónica, un proyecto de instrumento sobre el derecho del transporte, un proyecto de guía legislativa sobre operaciones garantizadas y disposiciones legislativas modelo sobre medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional y por la decisión que adoptó de proceder a una revisión de su Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[3] a fin de tener en cuenta las nuevas prácticas, incluidas las que dimanan de la mayor utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública[4];

4. *Aprueba* las disposiciones e iniciativas tomadas por la Comisión, en su carácter de órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, para aumentar la coordinación y la cooperación en las actividades jurídicas de las organizaciones internacionales y regionales que se ocupan del derecho mercantil internacional y, a este respecto, hace un llamamiento a las organizaciones internacionales y regionales competentes para que coordinen sus actividades jurídicas con las de la Comisión a fin de evitar la duplicación del trabajo y fomentar la eficiencia, uniformidad y coherencia en la modernización y la armonización del derecho mercantil internacional;

5. *Reafirma* la importancia que reviste, especialmente para los países en desarrollo, la labor de formación y asistencia técnica legislativa en materia de derecho mercantil internacional y, a ese respecto:

a) Observa con satisfacción las iniciativas tomadas por la Comisión para ampliar, por conducto de su secretaría, su programa de formación y asistencia técnica legislativa;

b) Expresa su reconocimiento a la Comisión por haber organizado seminarios y misiones de información en Azerbaiyán, Colombia, Serbia y Montenegro, el Sudán, Tailandia, Venezuela y el Yemen;

c) Expresa su reconocimiento a los gobiernos cuyas contribuciones permitieron organizar los seminarios y las misiones de información e insta a los gobiernos, a los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares a que hagan contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario para simposios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y, cuando corresponda, para financiar proyectos especiales y a que presten asistencia a la secretaría de la Comisión para realizar actividades de formación y asistencia técnica legislativa, en particular en países en desarrollo;

---

[2] Ibíd., cap. III.

[3] Ibíd., *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento Núm. 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I.

[4] Ibíd., *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/59/17), cap. VIII, párrs. 81 y 82.

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

6. *Toma nota con pesar* de que desde el anterior período de sesiones de la Comisión no se han aportado contribuciones al fondo fiduciario establecido para la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que son miembros de ella, previa solicitud de éstos y consulta con el Secretario General, insiste en la necesidad de que se aporten contribuciones a ese fondo a fin de que haya más expertos en representación de países en desarrollo en los períodos de sesiones de la Comisión y sus grupos de trabajo y reitera su llamamiento a los gobiernos, los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas, a organizaciones, instituciones y particulares a que hagan contribuciones voluntarias al fondo fiduciario;

7. *Decide*, a los efectos de la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la Comisión y en sus grupos de trabajo, seguir examinando en el quincuagésimo noveno período de sesiones y en la Comisión Principal competente, la posibilidad de conceder asistencia para gastos de viaje a los países menos adelantados que son miembros de la Comisión, previa solicitud de éstos y en consulta con el Secretario General;

8. *Recuerda* sus resoluciones relativas a las asociaciones de colaboración entre las Naciones Unidas y entidades no estatales, en particular el sector privado[5], y, a este respecto, observa con satisfacción que la Comisión examina medios de hacer participar activamente en su labor a entidades no estatales [6] y la alienta a seguir estudiando distintos planteamientos respecto de la utilización de asociaciones de colaboración con entidades no estatales en la ejecución de su mandato, particularmente en materia de formación y asistencia técnica, de conformidad con los principios y las directrices aplicables y en cooperación y coordinación con otras oficinas competentes de la Secretaría;

9. *Aprueba*, de conformidad con las resoluciones que se refieren a cuestiones relativas a la documentación y en las que se insiste, en particular, en que la reducción de la longitud de los documentos no debe redundar en desmedro de la calidad de la presentación ni del fondo de los documentos[7], las conclusiones a que llega la Comisión en los párrafos 124 a 128 de su informe[1] acerca de la imposición de límites al número de páginas de sus documentos y pide al Secretario General que, al poner en práctica los límites de páginas con respecto a los documentos de la Comisión, tenga presente las características especiales de su mandato y su labor;

10. *Aprueba también* las conclusiones a que llega la Comisión en el párrafo 130 de su informe acerca de la necesidad de que se sigan levantando actas resumidas de sus sesiones dedicadas a la formulación de instrumentos normativos;

---

[5] Resoluciones 55/*215*, 56/76 y 58/129.

[6] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/59/17), cap. XV, secc. A.

[7] Resoluciones 57/283 B, sección III, párr. 29 y 58/250, sección III, párrs. 2 y 17.

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

12. *Observa* que en 2005 se conmemorará el 25° aniversario de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías[8] y el 20° aniversario de la aprobación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre arbitraje comercial internacional[9] y, a este respecto, observa con beneplácito las iniciativas que se están tomando en el sentido de organizar conferencias y otros actos similares que sirvan de foro para evaluar la experiencia adquirida respecto de estos textos, particularmente por tribunales judiciales y arbitrales;

13. *Expresa su reconocimiento* por la preparación de un compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, que obedece al propósito de prestar asistencia en la difusión de información sobre la Convención y promover su adopción, utilización e interpretación uniforme y por la marcha de los trabajos acerca de un compendio de jurisprudencia relativa a la Ley Modelo sobre arbitraje mercantil internacional.

65ª sesión plenaria
2 de diciembre de 2004

[8] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, Núm. 25567.

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

59/40. Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre el Régimen de la Insolvencia

La Asamblea General,

Reconociendo la importancia que reviste para todos los países tener un régimen sólido, efectivo y eficiente de la insolvencia como medio de alentar la inversión y el desarrollo económico,

Observando que hay cada vez mayor conciencia de que los regímenes de reorganización tienen una importancia decisiva para la recuperación de la economía y de las empresas, el fomento de la actividad empresarial, la preservación del empleo y la oferta de financiación en el mercado de capital,

Observando también la importancia que tienen las cuestiones de política social en la formulación de un régimen de la insolvencia,

Observando con satisfacción que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 37° período de sesiones completó y aprobó el 25 de junio de 2004 la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia[1],

Convencida de que la Guía Legislativa, que incluye el texto de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza y la Guía para su incorporación en el derecho interno recomendadas por la Asamblea General en su resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997, constituye una importante contribución al establecimiento de un marco jurídico armonizado para la insolvencia y será útil tanto para los Estados que no cuentan con un régimen efectivo y eficiente de la insolvencia como para los que estén iniciando un proceso de revisión y modernización de su régimen en la materia,

Reconociendo la necesidad de cooperación y coordinación entre las organizaciones internacionales que se ocupan de la reforma del régimen de la insolvencia a fin de uniformar y alinear esa labor y facilitar la preparación de normas internacionales,

Observando que la preparación de la Guía Legislativa fue objeto de una debida deliberación y extensas consultas con gobiernos y organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales que se ocupan de la reforma del régimen de la insolvencia,

1. *Expresa su reconocimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber completado y aprobado la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia[1];

2. *Pide* al Secretario General que publique la Guía Legislativa y haga todo lo posible para que sea ampliamente conocida y difundida;

3. *Recomienda* que todos los Estados tengan debidamente en cuenta la Guía Legislativa al evaluar la eficiencia económica de sus respectivos regímenes de la insolvencia y al revisar o promulgar legislación relativa a la insolvencia;

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/59/17), cap. III.

4. *Recomienda también* que todos los Estados sigan considerando la posibilidad de aplicar la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Insolvencia Transfronteriza.

65ª sesión plenaria
2 de diciembre de 2004

Segunda parte

ESTUDIOS E INFORMES SOBRE TEMAS CONCRETOS

I. RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA

A. Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su 29º período de sesiones (Viena, 1º a 5 de septiembre de 2003)

(A/CN.9/542) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
I.	Introducción: resumen de las anteriores deliberaciones del Grupo de Trabajo	1-11
II.	Organización del período de sesiones	12-18
III.	Resumen de las deliberaciones y decisiones	19
IV.	Preparación de una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	20-131
	A. Derechos de compensación (A/CN.9/WG.V/WP.68)	20
	B. Contratos financieros y compensación global por saldos netos (A/CN.9/WG.V/WP.68)	21-27
	C. Derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17)	28-43
	D. Administración del procedimiento: prioridades y distribución (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14)	44-50
	E. Resolución del procedimiento (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15)	51-64
	1. Liberación	51-61
	2. Conclusión del procedimiento	62-64
	F. Derechos de revisión y apelación (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16)	65-73
	1. El deudor	65-67
	2. El representante de la insolvencia	68
	3. Acreedores	69-73
	G. Régimen aplicable a los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia (A/CN.9/WG.63/Add.16, párrs. 15 a 24)	74
	H. Primera parte. Elaboración de la estructura y objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia y eficiente (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2)	75-92
	1. Introducción a los procedimientos de insolvencia (párrafos 1 y 2)	76-81
	a) Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente (párrafos 3 a 13)	77-78
	b) Equilibrio entre los objetivos fundamentales (párrafos 14 a 18)	79-80
	c) Características generales de un régimen de la insolvencia (párrafos 19 a 21)	81
	2. Tipos de procedimientos de insolvencia (párrafos 22 a 25)	82-92
	a) Liquidación (párrafos 26-29)	83-84
	b) Reorganización (párrafo 30)	85-89

c) Procesos administrativos (párrafos 56 y 57) 90
d) Estructura del régimen de la insolvencia (párrafos 58 a 64) 91-92

I. Aprobación del plan de reorganización por categorías de acreedores (A/CN.9/530, párr. 84 y A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, recomendaciones 129 y 130) 93-94

J. Glosario (A/CN.9/WG.V/WP.67) 95-131

1. Notas sobre terminología (párrafos 1 a 5) 96-97
2. Términos y definiciones 98-131

Demanda (crédito) o gasto administrativo 98
Solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia 99
Patrimonio desprovisto de bienes 100
Acción de anulación 101
Bienes onerosos 102
Centro de principales intereses 103
Crédito 104
Compensación por liquidación 105
Apertura del procedimiento 106
Tribunal 107
Mecanismo de imposición (cram-down) 108
Comité de acreedores 109
Deudor 110
Liberación 111
Transferencia 112
Bien gravado 113
Establecimiento 114
Contrato financiero 115
Negocio en marcha 116
Insolvencia 117
Patrimonio o masa de la insolvencia 118
Procedimiento de insolvencia 119
Proceso de insolvencia 120
Representante de la insolvencia 121
Procedimiento involuntario 122
Liquidación 123
Margen, compensación por saldos netos, acuerdo de compensación global, y compensación 124
Giro normal del negocio 125
Pari passu 126
Perfeccionamiento, acreedor garantizado y garantía real 127
Acreedor posterior a la apertura del procedimiento 128
Créditos preferentes 129-131

I. Introducción: resumen de las anteriores deliberaciones del Grupo de Trabajo

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión examinó una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en materia de derecho de insolvencia, en la que se recomendaba que se incluyera la insolvencia en su programa, pues era el foro apropiado a causa de su composición universal y de su fructífera labor sobre la cuestión de la insolvencia transfronteriza, así como de las relaciones de trabajo que había establecido con organizaciones internacionales que tenían pericia e interés en el tema de la insolvencia. En la propuesta se instaba a la Comisión a que estudiara la posibilidad de encomendar a un grupo de trabajo la elaboración de una ley modelo sobre la insolvencia de sociedades mercantiles a fin de promover y alentar la adopción en el derecho interno de regímenes eficaces en esa materia.

2. En la Comisión se reconoció cuán importante era para todos los países disponer de sólidos regímenes de la insolvencia. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de la insolvencia adoptado por un país se había convertido en un factor de primera importancia para la clasificación internacional de la solvencia crediticia de las empresas. Sin embargo, se expresó preocupación ante las dificultades de la labor de uniformar, en el ámbito internacional, el régimen legal de la insolvencia, por razón de la importancia, el carácter controvertido y la diversidad de opciones sociopolíticas que suponía. Ante esas dificultades, se expresó el temor de que esta labor no pudiera culminar con éxito. Se señaló que, con toda probabilidad, no sería factible elaborar una ley modelo de aceptación universal, por lo que en toda labor que se emprendiera convendría adoptar un criterio flexible que dejara al arbitrio de los Estados ciertas opciones de política general o comercial en esta materia. Si bien hubo manifestaciones de apoyo a ese criterio de flexibilidad, se convino en general en que la Comisión no podía adoptar la decisión definitiva de comprometerse a establecer un grupo de trabajo para elaborar una legislación modelo u otro tipo de texto sin antes estudiar la labor ya emprendida por otras organizaciones y sin haber examinado las cuestiones pertinentes.

3. Con objeto de facilitar ese estudio, la Comisión decidió convocar un período de sesiones de un grupo de trabajo encargado de estudiar el tema y de preparar una propuesta de viabilidad que sería examinada por la Comisión en su 33º período de sesiones. Ese período de sesiones del Grupo de Trabajo tuvo lugar en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999[1].

4. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tomó nota de la recomendación que había hecho el Grupo de Trabajo en su informe (A/CN.9/469, párr. 140) y encomendó al Grupo que preparara una descripción general de los objetivos fundamentales y las características esenciales de un sólido régimen de la insolvencia y de las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores, así como de un procedimiento para la reorganización extrajudicial de empresas insolventes y de una guía legislativa con soluciones flexibles para la consecución de esos objetivos y la definición de esas características, en la que incluyera se examinaran las diversas soluciones posibles y sus correspondientes ventajas e inconvenientes.

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/54/17), párrs. 383 a 385.

5. Se convino en que, al realizar esta tarea, el Grupo de Trabajo habría de tener presente la labor en curso o ya realizada por otras organizaciones, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Asiático de Desarrollo, la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International) y el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la Asociación Internacional de Abogados[2].

6. A fin de conocer las opiniones de esas organizaciones y de beneficiarse de sus conocimientos, la Secretaría, en colaboración con la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia y la Asociación Internacional de Abogados, organizó en Viena, del 4 al 6 de diciembre de 2000, el Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL-Asociación Internacional de Abogados.

7. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Coloquio (A/CN.9/495). La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y encomió la labor realizada hasta la fecha, particularmente en lo que respecta a la celebración del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia y los esfuerzos de coordinación con la labor realizada por otras organizaciones internacionales en cuestiones de derecho de insolvencia. La Comisión examinó las recomendaciones del Coloquio, especialmente las relacionadas con la forma que podía revestir la labor futura y la interpretación del mandato encomendado al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 33º período de sesiones. La Comisión confirmó que el mandato que había dado al Grupo de Trabajo debía interpretarse en sentido lato, a fin de que el futuro texto resultara lo suficientemente flexible y revistiera la forma de una guía legislativa. A fin de evitar que la guía legislativa fuera demasiado general o abstracta para dar a los legisladores la orientación requerida, la Comisión sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta la necesidad de elaborar un texto lo más concreto posible y, con ese fin, se sugirió que, en la medida de lo posible, se prepararan disposiciones legales modelo, aun cuando sólo versaran sobre algunas de las cuestiones tratadas en la guía[3].

8. En su 24º período de sesiones (Nueva York, 23 de julio a 3 de agosto de 2001), el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia comenzó a ocuparse del tema examinando el primer proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia. El informe sobre ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/504. La labor se reanudó en los períodos de sesiones 25º (Viena, 3 a 14 de diciembre de 2001), 26º (Nueva York, 13 a 17 de mayo de 2002) y 27º (Viena, 9 a 13 de diciembre de 2002). Los informes sobre esos tres períodos de sesiones figuran, respectivamente, en los documentos A/CN.9/507, A/CN.9/511 y A/CN.9/529.

9. En su 27º período de sesiones, a raíz de una solicitud formulada por la Comisión en 2002, en su 35º período de sesiones, de que el Grupo de Trabajo hiciera una recomendación sobre la fecha en que podría concluir su labor[4], el Grupo de Trabajo subrayó la necesidad de ultimar la Guía lo antes posible y recomendó que, si bien el proyecto de guía tal vez no esté finalizado para su aprobación

---

[2] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/56/17).

[3] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr. 3), párrs. 296 a 308.

[4] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párr. 194.

definitiva por la Comisión en 2003, tal vez convendría presentar a la Comisión en ese año un análisis preliminar y una evaluación de los criterios en que se basaba la guía legislativa. Este enfoque facilitaría la utilización de la guía legislativa como instrumento de consulta antes de su aprobación definitiva en 2004 y brindaría a los países que no hubieran participado en el Grupo de Trabajo la oportunidad de estudiar la labor preparatoria de la guía. Se señaló que el Grupo de Trabajo tal vez pudiera requerir otro período de sesiones durante el segundo semestre de 2003 y tal vez incluso durante el primer semestre de 2004 a fin de perfeccionar el texto con miras a su aprobación final (A/CN.9/529, párr. 17).

10. En su 28º período de sesiones (Nueva York, 24 a 28 de febrero de 2003), el Grupo de Trabajo aprobó la siguiente recomendación (A/CN.9/530, párr. 18), para que fuera presentada a la Comisión:

> "Tras cinco períodos de sesiones (entre julio de 2001 y febrero de 2003) de amplios análisis y deliberaciones, el Grupo de Trabajo informa a la Comisión de que ha concluido su examen de la parte básica del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (enunciado en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63 y adiciones 1 a 17) y recomienda a la Comisión que:
>
> 1. Apruebe el alcance de la labor realizada por el Grupo de Trabajo reconociendo que se ajusta al mandato encomendado al Grupo de Trabajo, consistente en preparar una declaración general de objetivos y características fundamentales para un sólido régimen de la insolvencia que rija las relaciones entre deudor y acreedores, incluido el examen de la reestructuración extrajudicial, y una guía legislativa que prevea formas flexibles de aplicar estos objetivos y características, además de un examen de otros posibles criterios y de sus correspondientes ventajas e inconvenientes;
>
> 2. Apruebe de forma preliminar los objetivos fundamentales, las características generales y la estructura de los regímenes de la insolvencia enunciados en los capítulos introductorios de la primera parte de la guía legislativa;
>
> 3. Encomiende a la Secretaría que haga llegar el actual proyecto de guía legislativa a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, así como a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes y a las organizaciones del sector privado y de ámbito regional, a fin de que formulen observaciones;
>
> 4. Continúe colaborando estrechamente con el Banco Mundial y otras organizaciones que se ocupan de la reforma del régimen de la insolvencia para asegurar la complementariedad y evitar duplicaciones, y tenga en cuenta la labor realizada por el Grupo de Trabajo VI sobre el régimen de las operaciones garantizadas; y
>
> 5. Pida al Grupo de Trabajo que concluya su labor sobre la guía legislativa y la presente a la Comisión en 2004 con miras a su aprobación y adopción."

11. En su 36º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión examinó el proyecto de guía legislativa y le dio, en principio, su aprobación, a reserva de que se ultimara conforme a los objetivos fundamentales que tenía asignados. La Comisión

pidió a la Secretaría que facilitara, lo antes posible, la guía legislativa a los Estados Miembros, a las organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales internacionales pertinentes, a las organizaciones del sector privado y a las organizaciones regionales interesadas, así como a juristas de renombre, para recabar sus observaciones, y que presentara la guía a la Comisión, en 2004, para su aprobación definitiva[5].

II. Organización del período de sesiones

12. El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 29º período de sesiones en Viena del 1º al 5 de septiembre de 2003. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Francia, Hungría, India, Italia, Japón, Lituania, Marruecos, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Singapur, Sudán, Suecia, Tailandia y Uganda.

13. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argentina, Australia, Costa Rica, Dinamarca, Irlanda, Líbano, Nigeria, Países Bajos, Perú, República Checa, República de Corea, Suiza, Turquía y Ucrania.

14. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: a) organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial; b) organizaciones intergubernamentales: Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos; c) organizaciones no gubernamentales: *American Bar Association*, *American Bar Foundation*, Asociación Internacional de Abogados, *Center of Legal Competence*, Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International), *Groupe de réflexion sur l´insolvabilité*, *International Insolvency Institute* y el Centro Internacional de Investigaciones Jurídicas para el Libre Comercio Interamericano.

15. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes componentes de la Mesa:

Presidente: Sr. Wisit WISTSORA-AT (Tailandia)

Vicepresidente: Sr. Soogeun OH (República de Corea), elegido a título personal

Relator: Sr. Jorge PINZÓN SÁNCHEZ (Colombia).

16. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

Nota de la Secretaría: proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63 y Add.1 a 17);

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia: glosario (A/CN.9/WG.V/WP.67); y

[5] Consúltese el texto completo de la decisión de la Comisión en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párrs. 172 a 197.

Nota de la Secretaría: proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (derechos de compensación, contratos financieros y compensación global por saldos netos) (A/CN.9/WG.V/WP.68).

17. Se dispuso asimismo de la siguiente documentación de antecedentes:

Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura acerca del régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.50);

Informes del Secretario General referentes al proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.54 y Add.1 y 2, A/CN.9/WG.V/WP.57, A/CN.9/WG.V/WP.58 y A/CN.9/WG.V/WP.61 y Add.1);

Informe del Secretario General sobre enfoques alternativos de los procedimientos de insolvencia extrajudiciales (A/CN.9/WG.V/WP.55);

Informe del Secretario General sobre procedimientos oficiosos de insolvencia alternativos (A/CN.9/WG.V/WP.59);

Informe del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL-Asociación Internacional de Abogados (A/CN.9/495);

Informes de la CNUDMI sobre sus períodos de sesiones 34º (A/56/17), 35º (A/57/17) y 36º (A/58/17);

Informes del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) acerca de la labor de sus períodos de sesiones 22º (A/CN.9/469), 24º (A/CN.9/504), 25º (A/CN.9/507), 26º (A/CN.9/511), 27º (A/CN.9/529) y 28º (A/CN.9/530).

18. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Calendario de reuniones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Preparación de una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Resumen de las deliberaciones y decisiones

19. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, concretamente los documentos A/CN.9/WG.V/WP.68, A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2 y Add. 14 a 17, y A/CN.9/WG.V/WP.67. El Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones con el documento A/CN.9/WG.V/WP.68 y examinó a continuación los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17, Add.14 (comenzando por la sección C: "Prioridades y distribución") a Add.16, Add.2 y A/CN.9/WG.V/WP.67. El Grupo de Trabajo concluyó su examen de las adiciones restantes del documento A/CN.9/WG.V/WP.63, así como el documento A/CN.9/WG.V/WP.68. Con respecto al glosario que figuraba en el documento A/CN.9/WG.V/WP.67, el Grupo de Trabajo examinó y revisó los conceptos hasta el

de "prelación". Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo sobre los diversos documentos examinados se exponen a continuación.

IV. Preparación de una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

A. Derechos de compensación (A/CN.9/WG.V/WP.68)

Recomendaciones

20. El Grupo de Trabajo aprobó en general la redacción actual de la disposición sobre la finalidad de las recomendaciones relativas a los derechos de compensación. Con respecto a la recomendación 82, hubo acuerdo general en que convenía redactarla de nuevo para asegurar que los derechos de compensación quedaran amparados si nacían antes de la apertura, con independencia de si se ejercían válidamente antes o después de la apertura de un procedimiento de insolvencia. Se sugirió que en la Guía se hiciera una distinción clara entre la aplicación de las disposiciones de impugnación a un derecho general de compensación, tal como prevé la recomendación 82, y a la compensación en el contexto de contratos financieros, donde podría causar perturbaciones en los mercados financieros. A este respecto se observó que el análisis de los contratos financieros en el párrafo 193 del documento A/CN.9/WG.V/WP.68, en la sección sobre los derechos generales de compensación, podía crear confusión y debería revisarse. Se señaló que el Grupo de Trabajo examinaría también la definición de "compensación" en el contexto del glosario.

B. Contratos financieros y compensación global por saldos netos (A/CN.9/WG.V/WP.68)

Recomendaciones

21. Como cuestión preliminar, se convino en general en que deberían examinarse más a fondo los términos "contrato financiero" e "institución financiera". Se sugirió que la definición de "contrato financiero" fuera tan amplia y flexible como fuera posible a fin de englobar los futuros nuevos tipos de instrumentos financieros. En contra de esta opinión se sostuvo que con una definición amplia no se daría suficiente orientación a los legisladores. Se sugirió además que se agregara una frase al principio del párrafo 195 del documento A/CN.9/WG.V/WP.68, en que se definieran las características mínimas necesarias de un contrato financiero para dar orientación a los legisladores. Se apoyó la opinión de que el análisis en el comentario y las recomendaciones deberían ser claramente aplicables a los contratos tanto bilaterales como multilaterales, dado que en ambos casos existía la posibilidad de que múltiples operaciones se vieran afectadas por la insolvencia, con un posible riesgo sistémico en todo el mercado. Con respecto a las "instituciones financieras", se convino en que su definición debía abarcar más que a los bancos y, ante la sugerencia de que se sustituyera la expresión por "intermediario financiero", se señaló que los términos empleados deberían comprender a las partes en un contrato financiero (la expresión "intermediario financiero" no cumplía este requisito). Se observó también que ambas cuestiones podrían tratarse más a fondo en el contexto

del examen del glosario. Se pidió precaución al redactar de nuevo el texto, observándose que en principio el proyecto de guía no debería crear obstáculos para la aplicación de las reglas establecidas y de los regímenes reglamentarios especiales aplicables a los mercados financieros y a las instituciones financieras.

22. En lo que respecta a la disposición sobre la finalidad de las recomendaciones, dado que la intención original de las disposiciones sobre la compensación global por saldos netos era proteger estrictamente los mercados financieros, se sugirió anteponer el apartado b) al apartado a).

23. Se apoyó la supresión de las palabras "a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia", en la primera frase de la recomendación 83. Por lo demás, el Grupo de Trabajo respaldó el contenido de las recomendaciones 83 a 85.

24. En la recomendación 86 se sugirió que se suprimieran las palabras que figuraban en el primer corchete por ser superfluas y las palabras que figuraban en el segundo corchete, por las que se trataba de mantener la aplicación de las disposiciones a operaciones fraudulentas. Estas propuestas recibieron apoyo, al igual que la sugerencia de revisar la referencia a la aplicación de disposiciones de impugnación para que concluyera con las palabras "no deberían ser impugnables, suprimiéndose las palabras "en el marco del régimen de la insolvencia". La propuesta de retener el texto del segundo corchete, referente a la aplicación de las reglas a las operaciones fraudulentas, no recibió apoyo.

25. Hubo acuerdo general en que se suprimiera el texto de los dos corchetes en la recomendación 87.

26. Se sugirió que se agregara a la sección una nueva recomendación en virtud de la cual las operaciones que no fueran contratos financieros no habrían de entrar en el ámbito de la sección y habrían de regirse por la legislación general sobre compensación y compensación global por saldos netos.

27. El Grupo de Trabajo respaldó el contenido de las recomendaciones 88 y 89 en su forma actual, a reserva de que se ofreciera una mayor orientación sobre la definición de los contratos financieros en el contexto del glosario.

C. Derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17)

28. El Grupo de Trabajo mantuvo un debate general sobre la inclusión en el proyecto de guía de material relativo al derecho aplicable. Prevaleció la opinión de que las cuestiones del derecho aplicable eran de importancia fundamental para los procedimientos de insolvencia y que en el proyecto de guía habría que incluir el material referente a las cuestiones pertinentes a fin de ayudar y orientar a los legisladores y a otros usuarios. No obstante, en cuanto al alcance del material que habría que incluir en el proyecto de guía, se señaló que el debate y la finalización de las disposiciones sobre el derecho aplicable no deberían demorar la elaboración de la Guía. El Grupo de Trabajo convino en que las recomendaciones enunciadas en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17 constituían una base apropiada para el examen y el análisis de las cuestiones pertinentes.

29. Con respecto a la cláusula de finalidad se dijo que el apartado a) no trataba especialmente del derecho aplicable sino de la aplicación general al proyecto de guía y que, por consiguiente, debía suprimirse. Se argumentó que los apartados b) y c) estaban demasiado centrados en las relaciones jurídicas con el deudor y se apoyó la idea de ampliar ambos apartados para que abarcaran de forma más general los procedimientos de insolvencia. Se observó que las palabras iniciales del apartado d) eran también innecesariamente restrictivas y que debían suprimirse.

30. Una propuesta sobre la recomendación 1 que recibió cierto apoyo fue la de mantener el texto de la introducción como disposición e incorporar los apartados a) a k) al comentario que habría que redactar para acompañar las recomendaciones. Otra propuesta que también recibió cierto apoyo fue la de mantener los apartados a) a k) en la recomendación, revisándolos para que se ajustaran más a la secuencia y a la terminología del proyecto de guía y paliando la posible incoherencia entre el apartado g), en su forma actual, y la recomendación 2. Otros cambios de redacción que se propusieron en relación con los apartados a) a k) fueron la supresión de las referencias a los arrendamientos en el apartado i) y la incorporación de referencias a otras partes fundamentales de los procedimientos de insolvencia, incluidas las reglas que rigen la distribución del producto y la clasificación de los créditos. También se sugirió que el título hiciera referencia al derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia y que la disposición se redactara de forma más directa con palabras del siguiente tenor: "la ley del lugar en que se abra el procedimiento de insolvencia será la ley que rija la sustanciación, administración y resolución del procedimiento de insolvencia". Estas propuestas recibieron cierto apoyo.

31. Con respecto a la nota para el Grupo de Trabajo que precede al texto de la recomendación 2 se dio cierto apoyo a la opinión de que las cuestiones de validez no deberían abordarse en el contexto del derecho aplicable. Se propuso que la recomendación 2 se centrara en el reconocimiento de la ley de otro Estado, más que en la posible aplicación de tal ley, y se prefirieron los términos entre corchetes que hacían referencia a la "anulabilidad de una operación". También se propuso que, de ser adoptadas, las recomendaciones 2 y 3 se fundieran en una, ya que ambas preveían excepciones a la recomendación 1.

32. Se apoyó la supresión de la recomendación 3 por estimarse que no era una regla de derecho aplicable sino una regla de carácter sustantivo, y habida cuenta también del examen que había hecho el Grupo de Trabajo de las cuestiones de la compensación y la compensación global por saldos netos. En su lugar, se propuso una regla general en virtud de la cual las reglas sobre conflictos de leyes aplicables al margen de la insolvencia no se vieran afectadas por la apertura de un procedimiento de insolvencia. Esta propuesta recibió cierto apoyo.

33. Se respaldó ampliamente la supresión de los apartados a) y c) de la recomendación 4, dejando el apartado b) como regla general. No obstante, se observó que la regla resultante no era específica de la insolvencia y que, por consiguiente, no era necesaria en una guía sobre el régimen de la insolvencia. También se planteó el inconveniente de que, al mantenerse el apartado b) en una regla de aplicación general, podía darse a entender que el concepto de orden público aplicable a la insolvencia era distinto del orden público aplicable de forma más general. También preocupaba la posibilidad de que la referencia al derecho aplicable a las relaciones jurídicas pudiera interpretarse como una alternativa entre el régimen

de la insolvencia y el derecho de los contratos, y se consideraba que la primera opción debería quedar específicamente excluida. Sobre la base del mantenimiento del apartado b) se propuso que se le agregara la palabra "manifiestamente" y que en la introducción se suprimieran las palabras "con independencia de ... con el derecho aplicable". Estas propuestas no recibieron apoyo.

34. Se expresó preocupación por el significado de la recomendación 5, que planteaba dudas sobre si se pretendía enunciar una regla relativa a la subordinación del régimen de la insolvencia a la ley de otros ordenamientos jurídicos, o bien una simple regla interna que regulara la relación entre el régimen de la insolvencia y otras reglas de derecho. Si se trataba de lo último, se observó que la regla no tenía aplicación en el contexto de los conflictos de leyes, si bien podía ser útil de forma más general y podía tratarse en alguna otra parte del proyecto de guía. A este respecto, se observó que la necesidad de abordar la relación entre el régimen de la insolvencia y otras reglas de derecho ya se señaló en el párrafo 20 del documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2. Se propuso que, para dar mayor claridad a la primera frase como regla sobre la determinación del derecho aplicable, se sustituyeran las palabras "otras leyes del mismo Estado" por las palabras "leyes de otros Estados". Esta propuesta recibió cierto apoyo.

35. Con respecto a la recomendación 6, se apoyó la opinión de que, si bien la primera frase podría ser pertinente a los efectos de la recomendación 5, debería eliminarse de la recomendación 6. En relación con la última frase se sostuvo que, si bien reflejaba un principio útil, no debería figurar en el texto de la recomendación sino que debería analizarse en el comentario. No obstante, otra delegación estimó que la última frase cumplía la importante finalidad de fomentar la adopción de normas apropiadas y que, por consiguiente, habría que mantenerla en su lugar.

36. El Grupo de Trabajo examinó una propuesta de revisión de las recomendaciones relativas al derecho aplicable, cuyo texto era el siguiente:

"Finalidad de las disposiciones legales

La finalidad de las disposiciones relativas al derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia es:

a) Facilitar las operaciones comerciales ofreciendo criterios claros y transparentes que permitan prever el derecho que regirá los procedimientos de insolvencia;

b) Proporcionar a los tribunales normas claras y previsibles por las que guiarse para dar cumplimiento a las disposiciones sobre el derecho aplicable que estipulen los contratos con el deudor; y

c) Ofrecer a los tribunales criterios claros y previsibles para determinar el derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia.

Contenido de las disposiciones legales

Derecho que rige los procedimientos de insolvencia

1) El régimen de la insolvencia vigente en el lugar en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia regulará todos los aspectos de la sustanciación, administración y conclusión del procedimiento de insolvencia, entre ellos:

[a) Los criterios de solicitud y de apertura de procedimientos;

b) La constitución de la masa de la insolvencia y lo que formará parte de ella;

c) Las disposiciones que regulen los bienes de la masa de la insolvencia, incluidas las relativas a las solicitudes de paralización de las actuaciones, a las excepciones correspondientes y a las medidas de exención de los efectos de la paralización;

d) Los costos y gastos;

e) La propuesta, la aprobación, la confirmación y la ejecución de un plan de reorganización;

[f) La ley aplicable a los actos jurídicos perjudiciales para los acreedores - debe armonizarse con la recomendación 2)];

g) Los efectos de la apertura del procedimiento sobre los contratos que estipulen obligaciones respectivas que ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido todavía en su totalidad, incluida la aplicación de toda cláusula de resolución automática y de intransferibilidad de dichos contratos;

h) Las condiciones en que pueda procederse a la compensación una vez iniciado el procedimiento de insolvencia;

i) Las facultades del deudor, del representante de la insolvencia, de los acreedores y del comité de acreedores;

j) Los créditos y la ley por la que se rigen;

k) El orden de prelación para la clasificación de los créditos;

l) La distribución del producto de la liquidación; y

m) La resolución y conclusión del procedimiento.]

Excepción a la aplicación del régimen de los procedimientos de insolvencia

2) Como excepción a la recomendación 1), el régimen de la insolvencia puede disponer que la anulabilidad de toda operación o de toda compensación que hayan tenido lugar antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia o de toda obligación que se haya contraído con anterioridad a dicha apertura se rija por la ley de otro Estado.

[Se suprime la recomendación 3)]

Validez de las disposiciones contractuales sobre la elección del derecho aplicable

4) El régimen de la insolvencia debería reconocer toda cláusula contractual por la que el deudor y la otra parte acuerden expresamente que el derecho aplicable a la relación jurídica entre ambas partes en virtud del contrato será el de un Estado determinado, con independencia del nexo que exista entre la operación o las partes en la controversia y el derecho aplicable de dicho Estado, salvo cuando se considere que tal cláusula es manifiestamente contraria al orden público del Estado cuyo derecho se aplicaría de no existir dicha cláusula.

Determinación del derecho aplicable

5) En el régimen de la insolvencia debería precisarse en qué casos las disposiciones de éste quedarán supeditadas a las leyes de otro Estado.

(*Consideración que deberá reflejarse en otras partes de la Guía: El régimen de la insolvencia debería reconocer y respetar los derechos, los créditos y otros títulos válidos con arreglo al derecho que rija aspectos distintos de la insolvencia, salvo si puede ser necesario modificar o aplazar esos derechos, créditos o títulos a fin de lograr los objetivos concretos del proceso de insolvencia.*)

6) Cuando quepa aplicar el derecho de más de un Estado a cuestiones jurídicas al margen de la insolvencia, el tribunal deberá aplicar una regla sobre conflictos de leyes para determinar el derecho de cuál de los Estados será aplicable. Las reglas sobre conflictos de leyes deberían ser claras y previsibles y ajustarse a las normas modernas sobre conflictos de leyes que se enuncian en los tratados internacionales y en las guías legislativas patrocinadas por órganos internacionales."

37. Con respecto a la disposición sobre la finalidad, se convino en mantener el contenido de los apartados b) y c), modificándolos ligeramente para reflejar el argumento que se había expuesto, conforme al cual el apartado b) enunciaba una idea derivada del apartado c) y, por consiguiente, el contenido del apartado b) debería integrarse en el apartado c). En cuanto a la redacción, se sugirió que las palabras "a los procedimientos de insolvencia" se sustituyeran por las palabras "en el contexto de los procedimientos de insolvencia".

38. Tras un nuevo debate sobre los apartados a) a m) de la recomendación 1, se convino en mantener estas disposiciones en el texto, eliminando los corchetes. Se convino también en que se ajustara el texto del apartado f) de la recomendación 1 al de la recomendación 2 empleando palabras del siguiente tenor: "las reglas aplicables a la nulidad, la anulabilidad o la inejecutabilidad de actos jurídicos perjudiciales para los acreedores". Se acordó asimismo que, en el apartado i) de la recomendación 1, se sustituyeran las palabras "las facultades" por las palabras "los derechos y obligaciones", que ya se empleaban en otras partes de la Guía.

39. El Grupo de Trabajo consideró aceptable el contenido de la recomendación 2, a reserva de que se enmendara ligeramente el texto para dejar claro que la finalidad de la disposición era prever que el derecho de otro Estado podría regir las compensaciones o la anulabilidad de operaciones, y no la anulabilidad de una compensación, como parecía desprenderse del texto actual.

40. Con respecto a la recomendación 4, se convino en que el criterio del orden público era el apropiado, por lo que debería mantenerse en el texto, y en que se reconsiderara la necesidad de mantener también las palabras "... cuyo derecho se aplicaría de no existir dicha cláusula".

41. Se apoyó la sugerencia de que, en la recomendación 5, las palabras "quedarán supeditadas" se sustituyeran por palabras como "permitirán la aplicación" (de las leyes de otro Estado). Se convino también en que el contenido de la nota que figuraba después de la recomendación 5 se insertara en otra parte de la Guía.

42. Tras deliberar sobre la recomendación 6, el Grupo de Trabajo acordó mantener en el texto la primera frase, a fin de regular la aplicación de reglas de derecho al margen del régimen de la insolvencia, sustituyendo las palabras "Cuando quepa aplicar el derecho de más de un Estado a cuestiones jurídicas al margen del régimen de la insolvencia," por las palabras "En cuanto a la aplicabilidad de reglas de derecho que no sean las del régimen de la insolvencia,".

43. Se pidió a la secretaría de la CNUDMI que revisara el texto de las recomendaciones relativas al derecho aplicable teniendo en cuenta todo lo dicho durante las deliberaciones, y que preparara un comentario para el Grupo de Trabajo, que lo examinaría en su siguiente período de sesiones. También se pidió a la secretaría que mantuviera consultas con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

D. Administración del procedimiento: prioridades y distribución (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14)

Recomendaciones

44. En relación con la cláusula sobre la finalidad en la sección de las recomendaciones, se sugirió que, en el apartado a), se sustituyera la palabra "pagar" por la palabra "satisfacer", y que en el apartado b) se hiciera referencia a la igualdad del trato dispensado a acreedores que se encuentren en situaciones similares y no a los acreedores de una misma categoría. Por lo demás, se convino en que se suprimieran los corchetes en el apartado c) y que se mantuviera en el texto el enunciado actual de la cláusula relativa a la finalidad. Se convino asimismo que se enmendara el comentario que figuraba en el párrafo 441 y en otras partes a fin de que reflejara las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el apartado b), detallando los distintos enfoques de la cuestión del trato de las categorías, incluida la utilización de subcategorías, y haciendo una distinción entre la aplicación estricta del principio *pari passu* en el trato de las categorías en una liquidación y el enfoque más flexible de ese trato en una reorganización. Como cuestión general, se convino en la necesidad de aclarar la aplicación de las recomendaciones 166 a 171 a la liquidación y a la reorganización.

45. Con respecto a la recomendación 166, se convino en suprimir las palabras "que no sean créditos garantizados".

46. Si bien recibió cierto apoyo para la propuesta de suprimir el texto subrayado en la primera frase de la recomendación 167, en el Grupo de Trabajo prevaleció la opinión de que convenía mantenerlo. Se convino en modificar la segunda frase para aclarar que la recomendación no se refería a la validez de las prioridades sino a la necesidad de evitar incertidumbre en cuanto al orden de prioridades y, por lo tanto, de enunciarlas todas en el régimen de la insolvencia. Se observó que una prioridad legislativa otorgada o calculada por referencia a otra ley no carecería de validez por el mero hecho de no figurar en el régimen de la insolvencia. Se sugirió que se agregara una frase al final de la recomendación en que se dijera que el régimen de la insolvencia debía especificar si las prioridades creadas en virtud de otra ley podían reconocerse en un procedimiento de insolvencia y hasta qué punto podían reconocerse.

47. El Grupo de Trabajo convino en suprimir la nota 3 de pie de página referente a la recomendación 168, si bien se apoyó la inclusión en el párrafo 424 del comentario de un análisis sobre las repercusiones del enfoque enunciado en la nota 3 de pie de página en relación con una hipoteca empresarial, o una cesión en garantía, por un lado, y una garantía real fija, por otro. Se convino también en que en la recomendación se mencionara la entrega del bien gravado al acreedor garantizado como opción suplementaria, además del pago del producto de la venta del bien gravado. También se apoyó en general la inclusión en la recomendación 168 de una segunda frase del tenor de la segunda frase de la recomendación 167 que requiriera la divulgación de otros derechos de prelación en el régimen de la insolvencia. Se propuso también que después de las palabras "el producto de la ejecución de la garantía" se agregaran las palabras "en un procedimiento de liquidación, o conforme a un plan de reorganización". Se señaló que había distintos niveles de costos administrativos que podían tener distintos niveles de prioridad, que en una reorganización podían ser superiores a los de una liquidación.

48. Se hicieron varias sugerencias de redacción sobre la recomendación 169. Concretamente se sugirió suprimir, en el apartado a), el texto posterior a las palabras "costos y gastos administrativos"; se pidió una aclaración de lo que se entendía en el apartado b) por las palabras "créditos ... que tengan prioridad"; y, como el apartado e) no representaba un pago a los acreedores, se propuso que se suprimiera o que se enmendaran apropiadamente las palabras iniciales de la recomendación 169.

49. Se observó que aunque las palabras subrayadas en la recomendación 170 se referían a los créditos cuya subordinación se hubiera convenido por vía contractual, tal vez sería útil incluir también en la recomendación otros tipos aplicables de subordinación, como la subordinación equitativa. También se sugirió que, al final de la segunda frase, se agregaran las palabras ", a menos que los acreedores de la categoría inmediatamente superior decidan otra cosa", o que toda esta frase pase a formar una nueva recomendación. Sobre la misma cuestión, se indicó que, como principio general, la ley no debería limitar la autonomía contractual de las partes y, por consiguiente, cabría añadir a la sección de recomendaciones una nota en que se especificara que las reglas generales enunciadas en las recomendaciones 169 a 171 podían modificarse mediante acuerdo entre las partes.

50. Con respecto a la recomendación 171 se convino en sustituir las palabras "tiene que hacer" por las palabras "podrá hacer" o "podría hacer". También se convino en que, para no penalizar a los acreedores que no hubieran presentado una reclamación por razones no imputables a una falta u omisión de su parte, en la segunda frase se hiciera también una referencia a la previsión de salvaguardias para las reclamaciones existentes que aún no se hubieran presentado. Concretamente, se sugirió que se especificara que, en una liquidación, la distribución debía efectuarse con prontitud y de la forma más completa posible. Según otra opinión, los detalles de la segunda frase de la recomendación 171 eran demasiado restrictivos para la gestión cotidiana del patrimonio por parte del representante de la insolvencia y tal vez convendría suprimir esos detalles. Se pidió a la secretaría de la CNUDMI que preparara una nueva revisión de las recomendaciones teniendo en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

E. Resolución del procedimiento (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15)

1. Liberación

Recomendaciones

51. Se observó que como en general en el proyecto de guía se hacía referencia a deudores como personas físicas y no a los diversos deudores, habría que enmendar el apartado a) de la cláusula de finalidad y la recomendación 172. Por lo demás, el contenido de la cláusula de finalidad se consideró aceptable.

52. Se formularon varias observaciones sobre el enunciado de la introducción de la recomendación 172. Se apoyó la supresión de la referencia a los deudores "que se dedica a actividades comerciales", habida cuenta del acuerdo al que se llegó en el Grupo de Trabajo sobre las cuestiones de admisibilidad de las solicitudes y del alcance del proyecto de guía. También se apoyó la supresión de las palabras "tras [la liquidación ... del proceso de liquidación]", dado que la cuestión del momento de la liberación de la deuda ya era tratada en los apartados a) y b).

53. Se apoyó la opinión de que el apartado a) debía considerarse como una regla que establecía una pauta de conducta necesaria para que el deudor pudiera quedar liberado de su obligación en un procedimiento de insolvencia. Se apoyó ampliamente la supresión de las palabras que figuraban entre corchetes ("es honesto" y "actúa de buena fe"), por estimarse que estas reglas resultaban de difícil aplicación en la práctica. Se convino en mantener la referencia a una actuación fraudulenta y posiblemente combinada con una formulación más objetiva del siguiente tenor: "ha cumplido sus obligaciones en virtud del régimen de la insolvencia".

54. Con respecto al apartado b) se apoyó la retención de ambas opciones para determinar el período a partir del cual el deudor puede quedar liberado. Se sugirió también hacer referencia a la clausura del procedimiento. Se apoyó la supresión de las palabras "durante el cual ... sus obligaciones".

55. Con respecto al apartado c) se observó que debía abordar las deudas de las que, por su propia naturaleza, el deudor no pudiera quedar liberado. Si bien se señaló que la elección de las deudas que no pudieran ser objeto de liberación era una cuestión que dependía esencialmente de los Estados, se propuso que en la recomendación se hiciera únicamente referencia a las exclusiones de los créditos extracontractuales, de las disposiciones familiares o de las deudas basadas en una pena cuando la otra opción fuera una pena de prisión. En el comentario tal vez cabría examinar otros ejemplos. Además, en la recomendación debería fomentarse la transparencia y la certeza exigiendo que todas estas exclusiones fueran mencionadas explícitamente en el régimen de la insolvencia.

56. Se observó que los ejemplos citados en el apartado d) no eran apropiados, particularmente porque el hecho de impedir al deudor continuar sus negocios no se ajustaba a la idea de conceder una liberación; si el deudor no estaba en condiciones de continuar sus negocios, tal vez no debería quedar liberado de sus obligaciones. Se propuso que se suprimieran los ejemplos o que se restringiera su alcance, como el hecho de formar parte de la junta de administración en vez de simplemente llevar el negocio. No obstante, se señaló que en muchos ordenamientos jurídicos el

apartado d) no guardaba relación con el hecho de si el deudor debía quedar liberado o no, sino que trataba de las restricciones de que debería ser objeto el deudor sobre la base de su comportamiento en un procedimiento de insolvencia.

57. Se observó que la estructura de la recomendación 172 podría requerir alguna revisión debido a que los apartados a) a d) no reflejaban las distintas opciones que se sugerían en la introducción de la recomendación; los apartados a) y b) eran más bien una alternativa, pero los apartados c) y d) podían ser aplicables con independencia de haber optado por el apartado a) o el apartado b). Tras un debate, el Grupo de Trabajo pidió a la secretaria de la CNUDMI que preparara una nueva revisión del texto basada en las consideraciones hechas durante el debate.

58. El Grupo de Trabajo examinó una propuesta de revisión de la recomendación 172, relativa a la liberación del deudor en caso de liquidación, cuyo texto era el siguiente:

> "172) Si el régimen de la insolvencia admite la de deudores que son personas físicas, conviene regular la cuestión de la liberación del deudor de su responsabilidad por las deudas contraídas antes de la apertura del procedimiento.
>
> a) La liberación puede no ser aplicable hasta que expire un plazo concreto tras la apertura del procedimiento, durante el cual el deudor deberá cooperar con el representante de la insolvencia;
>
> b) El deudor puede quedar de inmediato completamente liberado si no ha actuado fraudulentamente y si ha cooperado con el representante de la insolvencia en el cumplimiento de las obligaciones que le imponga el régimen de la insolvencia;
>
> c) Cuando ciertas deudas no puedan ser objeto de liberación, tales deudas deberán reducirse al mínimo, a fin de que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme, y deberán enunciarse en el régimen de la insolvencia;
>
> d) Cuando la liberación esté sujeta a condiciones, se reducirán al mínimo la condiciones impuestas a fin de que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme."

59. Con respecto a la revisión de la recomendación 172, el Grupo de Trabajo convino en que se enmendara la introducción y que dijera "Cuando el régimen de la insolvencia admita a las personas físicas como deudores,"; en que no se modificara el apartado a); en que se suprimieran, en el apartado b), las palabras "de inmediato completamente"; en que el texto actual de los apartados c) y d) era aceptable; y en que se agregara a la recomendación un apartado e) que regulara la revocación de la liberación cuando, por ejemplo, ésta se hubiera obtenido mediante fraude. En cuanto a la relación entre los apartados a) y b), se sugirió que se enmendara el apartado b) de modo que surtiera efecto cuando concluyera el plazo mencionado en el apartado a). En ambos apartados se prevería la posibilidad de especificar un plazo durante el cual el deudor debería colaborar con el representante de la insolvencia; al concluir dicho plazo, surtiría efecto la liberación, siempre y cuando el deudor hubiera cooperado y no hubiera actuado fraudulentamente.

60. Tras el debate, el Grupo de Trabajo pidió a la secretaría de la CNUDMI que preparara una nueva revisión de la recomendación basándose en todo lo dicho durante las deliberaciones.

61. Con respecto a la recomendación 173, se observó que el plan determinaría sus consecuencias en lo que se refiere a la liberación del deudor, y que los efectos del plan variaban de una legislación a otra. Por esta razón, hubo delegaciones partidarias de que ese texto se insertara en el capítulo de la reorganización. Otra propuesta, que también recibió apoyo, fue la de insertar el texto en la recomendación 175. Se convino en que debería aclararse que la recomendación era aplicable a los deudores que fueran personas tanto físicas como jurídicas, y que la liberación podía empezar a surtir efecto a partir del momento en que el plan entrara en vigor o cuando se hubiera ejecutado plenamente. Para los casos en que la liberación empezara a partir del momento en que el plan surtiera efecto, convendría señalar en el comentario que muchas legislaciones permiten anular la liberación del deudor mientras no se haya ejecutado plenamente el plan.

2. Conclusión del procedimiento

Recomendaciones

62. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo respaldó el contenido de la cláusula de finalidad en su forma actual. Se sugirió incorporar al texto una referencia a la notificación de la conclusión del procedimiento a las partes.

63. En cuanto a la redacción, se sugirió que se diera una mayor claridad a las palabras iniciales de la recomendación 174 aludiendo, por ejemplo, a la situación en que el patrimonio haya sido plenamente liquidado y distribuido, y no "administrado". Frente a esta sugerencia se argumentó que la palabra "liquidado" podía excluir la conclusión en casos en que los bienes fueran devueltos al acreedor, y se sugirió que en todo nuevo enunciado se tuviera en cuenta esa eventualidad. Se convino en suprimir la referencia al cumplimiento de las obligaciones del representante de la insolvencia.

64. Con respecto a la recomendación 175 se apoyó la propuesta de mantener en el texto únicamente la primera frase, ya que las demás frases abordaban cuestiones ya tratadas en el contexto de la transformación de las reorganizaciones en liquidaciones. Con respecto al momento en que podía clausurarse el procedimiento, se señaló que la ejecución total de un plan podía requerir un tiempo considerable y que debería preverse la posibilidad de clausurar el procedimiento en un plazo más breve, por ejemplo, cuando el tribunal pudiera determinar que había perspectivas razonables de plena ejecución del plan. Esta sugerencia recibió apoyo. También se sugirió insertar en la primera frase las palabras "a más tardar" antes de las palabras "cuando se haya ejecutado plenamente el plan de reorganización".

F. Derechos de revisión y apelación (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16)

1. El deudor

65. El Grupo de Trabajo convino en que el proyecto de guía se ocupara de los recursos de revisión y de apelación del deudor, dado que se trataba de derechos que en general se consideraban fundamentales y estaban amparados por la ley.

66. Se convino además en que el derecho de todo deudor a recurrir o apelar contra las decisiones adoptadas durante el procedimiento de insolvencia estaría circunscrito a las decisiones que fueran de interés directo para él o que afectaran a sus derechos y obligaciones. Se observó que ese derecho del deudor debería compaginarse con los derechos de que gozaran los acreedores y que, si no se limitaba ese derecho a las cuestiones que afectaran directamente al deudor, existiría el riesgo de que el procedimiento se viera demorado o frustrado por causas injustificables o de que las costas procesales aumentaran considerablemente, con el daño subsiguiente para los acreedores. Se convino asimismo en que ese derecho estaría más limitado en la liquidación que en la reorganización, por la propia naturaleza de los procedimientos de liquidación, y en que el ejercicio de ese derecho podría obedecer a la concepción del régimen de la insolvencia. Por ejemplo, cuando no se previera la exoneración automática, el deudor podría tener mayor interés en proseguir las actuaciones, así como en toda decisión que pudiera ser perjudicial para sus intereses.

67. Respecto de la definición de las cuestiones en las que se reconociera que el deudor tenía intereses, se sugirió que el deudor sólo pudiera invocar intereses legítimos, concretos, actuales e importantes. Se observó que normalmente existiría alguna vía procesal para desestimar todo recurso o apelación del deudor que no estuviera justificado.

2. El representante de la insolvencia

68. Recibió apoyo la propuesta de agregar al texto una sección que regulara el derecho del representante de la insolvencia a recurrir o apelar contra alguna decisión. Se sostuvo que si no se preveía tal sección, algún lector de la guía podría inferir que el representante de la insolvencia no disponía de derechos de apelación o recurso.

3. Acreedores

69. Como cuestión de forma, se sugirió añadir en el párrafo 7 del comentario alguna referencia a la eventualidad de connivencia o confabulación; se sugirió también que, dado que el concepto de “administración de la masa” se entendía de distintas maneras según los idiomas y los países, convendría buscar algún otro término; y se propuso sustituir, en el texto inglés del párrafo 9, la palabra “gain” por “obtain” (obtener). Se sugirió además que en el proyecto de guía se mantuviera cierto equilibrio entre los derechos individuales a recurrir o apelar contra alguna decisión y los intereses colectivos de los acreedores y que se determinaran los tipos de órdenes o decisiones que pudieran ser objeto de recursos o apelaciones. Se observó a ese respecto que en algunos ordenamientos sólo se permitía apelar contra una orden o decisión definitiva, mientras que en otros se daba mayor alcance a ese derecho. Se estimó en general aceptable el contenido del comentario.

70. El Grupo de Trabajo convino en que en el proyecto de guía figuraran recomendaciones sobre los derechos de recurso o apelación del deudor.

71. Se propuso, a título general, que en la guía se subrayara la necesidad de que estos recursos o apelaciones se tramitaran oportunamente, a fin de evitar demoras en los procedimientos y costas procesales innecesarias. En cuanto a la forma, se estimó que los derechos de recurso o apelación del deudor, de los acreedores y del

representante de la insolvencia podrían regularse de manera más concisa si se agrupaban en una misma sección referente a los derechos de recurso o apelación de las partes interesadas, definiéndose previamente el concepto de "parte interesada". A este respecto, se propuso agregar al glosario una definición del siguiente tenor:

"**Parte interesada**

El deudor, el representante de la insolvencia, un acreedor, un titular de capital social, un comité de acreedores [, una autoridad gubernamental] o toda persona cuyos derechos, bienes o deberes dimanantes del [referentes al] régimen de la insolvencia se vean afectados."

72. Se propuso además insertar en el capítulo IV recomendaciones del siguiente tenor:

"**Derecho de las partes interesadas a ser oídas**

El régimen de la insolvencia debería disponer que toda parte interesada tendrá derecho a ser oída en relación con toda cuestión que afecte a los deberes que le imponga el régimen de la insolvencia, a sus derechos o a los bienes sobre los que tenga algún derecho.

a) Toda parte interesada podrá oponerse a todo acto que requiera aprobación judicial;

b) Toda parte interesada podrá recurrir ante el tribunal contra todo acto que no requiera aprobación judicial o cuya aprobación judicial no se haya solicitado;

c) Toda parte interesada podrá solicitar que se le otorguen las medidas de exención o dispensa a las que tenga derecho en virtud del régimen de la insolvencia.

Derecho de apelación

Toda parte interesada podrá apelar contra toda orden judicial que afecte a los deberes que le imponga el régimen de la insolvencia, a sus derechos o a los bienes sobre los que tenga algún derecho."

73. Se sugirieron varios cambios en el enunciado de la propuesta. Se preguntó si, en la definición de "parte interesada", la frase "cuyos derechos … se vean afectados" se refería únicamente a las palabras que la antecedían ("toda persona") o era aplicable también al deudor, al representante de la insolvencia y a las demás partes que se enunciaban en la definición. Si esa frase no limitaba las partes que debieran ser notificadas, se señaló que, en caso de requisito de notificación, habría que dar notificación a un gran número de partes cuyos derechos no se vieran afectados, por ejemplo, a todos los titulares de capital social. En algunos casos, ese requisito podría imponer una obligación sustancial al procedimiento de insolvencia. Recibió cierto apoyo la propuesta de revisar la última frase de la definición para enunciar con mayor claridad los derechos que debían verse afectados; la frase enmendada diría: "cuyos derechos y obligaciones dimanantes del régimen de la insolvencia o cuyos bienes sobre los que tenga algún derecho se vean afectados". También se apoyó mantener en la definición la referencia a "una autoridad gubernamental", si bien se expresó la opinión de que las palabras "autoridad pública" serían más indicadas para designar las autoridades que se pretendía

englobar en el proyecto de guía. Se sugirió también que se especificara el sentido de la palabra "afectados", indicando un determinado efecto sustancial o directo, o bien formulando un explicación en el comentario por la que se limitara el alcance de la palabra. Frente a esta propuesta se argumentó que, dada la tendencia a reconocer derechos cada vez más diversos en los distintos ordenamientos jurídicos, podría resultar difícil llegar a un acuerdo sobre el grado de especificidad de la guía a este respecto. En cuanto a la redacción, se propuso que, al principio de la segunda recomendación, se agregaran las palabras "El régimen de la insolvencia debería disponer …," que al final de la parte introductoria de la primera recomendación se insertaran las palabras "y, concretamente, que:"; que, en vez de "toda orden", el texto dijera "una orden"; que los conceptos de "titular de capital social" y "bienes" se armonizaran con la terminología empleada en los demás capítulos del proyecto de guía; y que, en la definición, después de las palabras "se vean afectados" se insertaran las palabras "por procedimientos de insolvencia". Se pidió a la secretaría que preparara una revisión de la definición y de las recomendaciones, a fin de incluirlas en el proyecto de guía, y que introdujera los cambios precisos en el comentario.

G. Régimen aplicable a los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16, párrs. 15 a 24)

74. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en no formular ninguna recomendación para la sección ni definir los "grupos de sociedades mercantiles" en el glosario, pero consideró necesario revisar el comentario. Se sugirió que en esa revisión se subrayaran y se ampliaran algunas cuestiones. El régimen aplicable a los grupos de sociedades mercantiles era una cuestión de gran complejidad y con muy diversos enfoques jurídicos. Las legislaciones nacionales tendían a reflejar los marcos jurídicos específicos del Estado pertinente, con lo cual el Grupo de Trabajo no podía formular recomendaciones concretas en este campo. Era también un tema de gran importancia que los Estados deberían regular con suficientes detalles procesales para dar certeza a los terceros. Las opciones distintas de la reglamentación directa de los grupos de sociedades mercantiles en la insolvencia deberían referirse a las partes correspondientes del régimen de la insolvencia o a otras reglas de derecho, como las disposiciones sobre anulabilidad o subordinación. Se sugirió que el comentario se centrara principalmente en enunciar las cuestiones que planteaban los grupos de sociedades mercantiles en la insolvencia más que en las acciones que debería prever un régimen de la insolvencia para resolver esos problemas. Además, se observó que sería útil aclarar en el comentario si una sociedad mercantil perteneciente a un grupo podía iniciar un procedimiento de insolvencia por cuenta de otra sociedad mercantil del grupo y, en caso afirmativo, en qué circunstancias podía hacerlo.

H. Primera parte. Elaboración de la estructura y objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2)

75. Se observó que la Comisión había examinado la primera parte del proyecto de guía en su 36º período de sesiones[6] y que se habían sugerido leves modificaciones. Se señaló también que la Comisión había aprobado en principio el contenido de la primera parte en su forma actual.

1. Introducción a los procedimientos de insolvencia (párrafos 1 y 2)

76. El Grupo de Trabajo se declaró conforme con el contenido de los párrafos en su forma actual.

a) Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente (párrafos 3 a 13)

77. El Grupo de Trabajo convino en añadir al principio de esta sección, en la que se describen las finalidades que debe tener todo régimen de la insolvencia, un nuevo objetivo de naturaleza superior a los objetivos ya enunciados en el texto y referente al régimen de la insolvencia. La finalidad sugerida era alentar a los Estados a evaluar la aplicación de los objetivos fundamentales mediante indicadores potenciales, como la disponibilidad de fondos para reemprender los negocios y reorganizar empresas, las evaluaciones de los riesgos de la concesión de créditos a nivel nacional e internacional y los resultados económicos de sectores de industriales. Se sugirió que el nuevo objetivo fuera "aportar certeza al mercado" y "promover la estabilidad y el crecimiento económicos".

78. Se observó que otro posible enunciado positivo del objetivo examinado en el párrafo 9 del documento podría ser el siguiente: "preservar el patrimonio para lograr una distribución equitativa entre los acreedores".

b) Equilibrio entre los objetivos fundamentales (párrafos 14 a 18)

79. Se sugirió que se agregara una nota de pie de página al ejemplo sobre las garantías reales que figuraba en la primera frase del párrafo 16, indicándose que en los últimos años se habían adoptado instrumentos para armonizar la legislación en materia de garantías reales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional y el Convenio del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil.

80. El Grupo de Trabajo se declaró conforme con el contenido de la sección en su forma actual.

c) Características generales de un régimen de la insolvencia (párrafos 19 a 21)

81. Se sugirieron cambios de redacción como la sustitución, en el apartado f) del párrafo 19, de las palabras "al iniciarse el procedimiento de insolvencia se suspendan" por las palabras "a pesar del inicio de un procedimiento de insolvencia

[6] Ibíd., párrs. 172 a 182.

se ejecuten o protejan" y la enmienda del apartado k) del párrafo 19 haciendo una referencia más general a la liberación del deudor en caso de liquidación. El Grupo de Trabajo se declaró conforme con el contenido de la sección en su forma actual.

2. Tipos de procedimientos de insolvencia (párrafos 22 a 25)

82. Conforme a lo decidido en anteriores debates del Grupo de Trabajo, se convino en suprimir las referencias a los procesos oficiosos en el párrafo 22 y en todo el proyecto de guía. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que era preciso reformular el párrafo 25 para reflejar la preferencia del Grupo de Trabajo por la reorganización, preferencia que debería hacerse patente en general en todo el proyecto de guía.

a) Liquidación (párrafos 26 a 29)

83. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera la última frase del párrafo 26. Se convino también en agregar al texto un nuevo párrafo en el que se especificara que en algunos ordenamientos jurídicos podía efectuarse la venta de un negocio en marcha durante un procedimiento de liquidación, mientras que en otros ordenamientos sólo era posible en caso de reorganización. Se observó que, en muchas legislaciones, la liquidación no excluía la posibilidad del traspaso del negocio a otras empresas. Una propuesta que recibió apoyo fue la de hacer una clara distinción, al examinar los diversos procedimientos de insolvencia, entre la liquidación, el traspaso del negocio de la empresa deudora a otra empresa (ya fuera en forma de liquidación o de reorganización) y la reorganización de la empresa del deudor con el fin de mantener el negocio en marcha. Se sugirió que en la primera frase del párrafo 26 se agregara una referencia a los acreedores garantizados que recibieran el producto de la venta de los bienes gravados y que, en general, en la Guía se hiciera referencia a la venta o a la conversión de los bienes en efectivo y no únicamente a la venta en sí.

84. Se observó que, en el párrafo 27, la utilización de la palabra "universal" no daba, en todos los idiomas, la idea de una amplia aceptación, por lo que habría que estudiar una solución al volver a formular el texto. Se sugirió asimismo que se unieran los apartados d) y e) del párrafo 27, enlazándolos con la frase "y si la empresa del deudor no puede venderse como negocio en marcha, ".

b) Reorganización (párrafo 30)

85. El Grupo de Trabajo convino en que se agregara al proyecto de guía una recomendación en el sentido de que el régimen de la insolvencia debería prever procedimientos de reorganización. También se convino en que en el análisis de los procedimientos de reorganización en el comentario se hiciera constar la opinión del Grupo de Trabajo de que, en principio, los procedimientos de reorganización redundaban en beneficio de todas las partes.

86. Se propuso que, dado que el Grupo de Trabajo prefería la reorganización, los párrafos que hacían referencia a ella (30 a 55) se antepusieran a los párrafos 26 a 29, relativos a los procedimientos de liquidación. Esta propuesta recibió apoyo.

87. El Grupo de Trabajo convino en suprimir la lista de denominaciones de los procedimientos de reorganización, que figuraba en el párrafo 30, trasladándola al glosario. En cuanto a la redacción se sugirió que la primera frase del párrafo 30

dijera "la otra opción consiste en un proceso encaminado a salvar una empresa o, en su defecto, un negocio".

i) Procedimientos oficiales de reorganización (párrafos 31 a 36)

88. Se sugirió que se suprimieran las líneas iniciales del párrafo 31 y que el párrafo empezara en la segunda frase con las palabras "no todos los deudores".

ii) Procesos oficiosos y agilizados de reorganización (párrafos 37 a 55)

89. El Grupo de Trabajo convino en que, en general, había que mantener el texto actual sobre los procesos oficiosos, aunque habría que hacer algún retoque. Se convino en que en el comentario se afirmara que la viabilidad y la eficacia de los procesos oficiosos, como alternativa a los procedimientos oficiales de insolvencia, dependía de que el Estado pertinente dispusiera de un sólido marco institucional y de una estructura jurídica y judicial eficaz, eficiente y previsible. Esa afirmación podría respaldarse con una referencia al análisis del marco institucional que se hacía en el proyecto de guía. En el comentario también debería afirmarse claramente que los procesos oficiosos eran de carácter voluntario y contractual y que, de no prosperar, debían dar paso a procedimientos oficiales que previeran procedimientos agilizados. También se convino en que, en los párrafos 53 a 55, se especificara que cabía hacer una clara distinción entre los procesos oficiosos extrajudiciales y los procedimientos judiciales agilizados. Se sugirió que en el proyecto de guía se separara con mayor claridad el análisis de los procesos oficiosos y del de los procedimientos agilizados. También se sugirió que en el comentario se destacara el hecho de que algunos procedimientos funcionaban bien precisamente porque estaban regulados, mientras que otros procesos prosperaban porque no lo estaban.

c) Procesos administrativos (párrafos 56 y 57)

90. El Grupo de Trabajo consideró aceptable el contenido de los párrafos 56 y 57 del proyecto.

d) Estructura del régimen de la insolvencia (párrafos 58 a 64)

91. Con respecto a los párrafos 58 a 64, se sugirió que se puntualizara que esa sección se refería únicamente a los regímenes oficiales de la insolvencia y que, por consiguiente, debería insertarse antes en la primera parte y, de este modo, tal vez pudiera abreviarse. Se sugirió asimismo que en la sección se destacara que, cuando el negocio fuera viable, era preferible una reorganización.

92. En cuanto a la redacción se sugirió que en el título no se hiciera referencia a la estructura del régimen sino a su organización; que se suprimieran las palabras "Aunque muchas leyes ... procedimientos de reorganización", en la primera frase del párrafo 58; que se suprimieran las palabras "con miras a cumplir diferentes objetivos", en el párrafo 59; que se suprimieran las palabras "Cuando la ley ... procedimientos distintos", al principio del párrafo 60; y que, al final del párrafo 61, después de las palabras "se fije un plazo máximo para", el texto dijera "continuar toda reorganización en contra de la voluntad de los acreedores".

I. Aprobación del plan de reorganización por categorías de acreedores (A/CN.9/530, párr. 84, y A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, recomendaciones 129 y 130)

93. Se recordó que el Grupo de Trabajo, en su 28º período de sesiones, había aplazado su decisión sobre si era necesario que todas las categorías de acreedores aprobaran un plan de reorganización o sobre si convenía prever una fórmula más compleja que tuviera en cuenta las distintas prioridades e intereses de los acreedores. Se recordó asimismo que las recomendaciones 129 y 130 del proyecto de guía, revisadas de conformidad con las deliberaciones del Grupo de Trabajo, preveían en primer lugar que, cuando los acreedores votaran por categorías, el régimen de la insolvencia especificara cómo se ponderaría el voto de cada categoría a efectos de la aprobación del plan y que a este respecto podían adoptarse distintos enfoques; por ejemplo, la aprobación podía requerir una mayoría específica de categorías o la aprobación de todas las categorías de acreedores. En segundo lugar, cuando no se requiriera la aprobación de todas las categorías de acreedores, el régimen debería regular la forma en que se tratarían las categorías que se hubieran pronunciado en contra del plan aprobado por la mayoría requerida de categorías.

94. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo se declaró conforme con el contenido general de las recomendaciones, a reserva de que se hicieran algunas aclaraciones en el comentario. Concretamente, se sugirió que lo que era más importante que la aprobación por el número requerido de categorías era la aprobación por las categorías requeridas, teniendo en cuenta las cuestiones de prelación y los intereses. Se sugirió que, si bien en el comentario ya se presentaba un análisis satisfactorio, se dieran mayores aclaraciones sobre las diferentes opciones de aprobación por categorías y sobre las salvaguardias pertinentes que se requerían para que las categorías disconformes de acreedores quedaran vinculadas por el plan.

J. Glosario (A/CN.9/WG.V/WP.67)

95. Como criterio general, se convino en que el glosario se remitiera únicamente a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, sin citar ninguna otra fuente, aun cuando tal vez procediera hacer alguna referencia a esas otras fuentes en las notas de pie de página para ayudar a los lectores que desearan obtener información adicional sobre el concepto definido. Se convino en que las definiciones del glosario se refirieran al significado con el que se empleaban los términos en el texto de la guía, y no al sentido que pudieran tener en un determinado ordenamiento jurídico.

1. Notas sobre terminología (párrafos 1 a 5)

96. Se planteó el problema de que la definición del término “tribunal”, en los párrafos 2 y 3, pudiera hacerse extensiva a alguna autoridad administrativa, lo cual podría crear cierta confusión con los procedimientos administrativos descritos en el párrafo 56 del proyecto de guía (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2). Se convino en que era preciso aclarar la definición.

97. Se sugirió además que se explicara también en el párrafo 5 que el empleo de las formas verbales “*may*” (podrá) y “*should*” (deberá) se basaba en la distinción

que se hacía entre las ideas de "permitir" y de "ordenar"; y que expresiones como "*such as*" (tales como) y "*for example*" (por ejemplo) podían entenderse de igual modo que el término "*include*" (incluidos, o, entre ellos).

2. Términos y definiciones

Demanda (crédito) o gasto administrativo

98. Recibió cierto apoyo la propuesta de que se suprimieran de la definición las palabras "que generalmente tienen prelación sobre los créditos no garantizados y" por razón de que se trataba de un rasgo no esencial del concepto definido que debería abordarse en el capítulo relativo al orden de prelación. Como variante se propuso explicar que se trataba de los gastos que había que satisfacer, omitiendo toda referencia al grado de prelación o prioridad que podía dárseles. En cuanto a la redacción, se sugirió sustituir en la segunda línea la expresión "que guardan relación con" por las palabras "que incluyen". Frente a la propuesta de que en la definición se hiciera referencia a los gastos que tuvieran que realizarse para mantener en marcha una empresa autorizada a proseguir sus negocios, se sugirió que esos gastos se definieran en términos más genéricos, como, por ejemplo, los "gastos realizados para proseguir la actividad comercial de la empresa deudora". Se observó que el nuevo texto sugerido podría afectar no sólo al representante de la insolvencia sino también al deudor y al comité de acreedores.

Solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia

99. Se sugirió insertar, a continuación de las palabras "puede ser hecha,", las palabras "por personas jurídicas o físicas como", o las palabras ", concretamente por"; añadir al final de la primera oración el texto "al incoar el procedimiento de insolvencia una parte que no sea el deudor"; y suprimir la segunda frase de la definición hasta el final.

Patrimonio desprovisto de bienes

100. Hubo acuerdo general en que la expresión "patrimonio desprovisto de bienes" no correspondía al concepto examinado en la guía, por lo que debería sustituirse por términos que expresaran la idea de deudores cuyo patrimonio careciera de bienes suficientes. Se convino asimismo en eliminar este concepto del glosario y en tratarlo únicamente en el comentario sobre la guía.

Acción de anulación

101. Se convino en que la definición de "acción de anulación" se reformulara a fin de centrarla en sus efectos jurídicos esenciales, dejándose para el comentario el examen de posibles ejemplos. En cuanto a la redacción, se sugirió suprimir toda referencia a la solicitud de apertura y a la apertura en sí; insertar al final de la primera frase las palabras "por motivos relacionados con la insolvencia" (haciendo además remisión a la definición de "insolvencia"); añadir a los motivos invocables para interponer una acción de impugnación "el interés colectivo de los acreedores o de la masa"; y suprimir la segunda frase. Se señaló además que esta definición resultaría más comprensible si en el glosario se definieran también conceptos como los de "operación infravalorada" y de "acreedor". Se observó que la recomendación 69 del proyecto de guía se refería a la mayoría de las cuestiones

examinadas por el Grupo de Trabajo y que podría ser útil para reformular la definición. Recibió cierto apoyo la propuesta de limitar el alcance de la definición a las operaciones efectuadas antes de la apertura del procedimiento.

Bienes onerosos

102. El Grupo de Trabajo convino en abreviar la definición de "bienes onerosos" suprimiendo las palabras "cuando el valor del crédito garantizado ... los bienes no son esenciales para la reorganización". Se apoyó también la propuesta de sustituir la idea de un bien con un valor negativo por la de un bien carente de valor, y de suprimir el texto desde las palabras "o cuando el bien no es vendible" hasta el final. Se sugirió insertar las palabras "para la masa de la insolvencia" a continuación de "valor negativo o insignificante", en la primera línea de la definición.

Centro de principales intereses

103. Respecto de la expresión "centro de principales intereses" se sugirió, entre otras cosas, mantener la referencia que se hacía, en la definición, al Reglamento de la Comunidad Europea, pero trasladándola a una nota de pie de página.

Crédito

104. Se apoyó la propuesta de suprimir la palabra "exigible" poniendo en su lugar, a continuación de la palabra "derecho", las palabras "invocable frente al deudor". Se sugirió también sustituir la palabra "sentencia" por "deuda", o bien insertar después de "en una sentencia" las palabras "o en un contrato". Se sugirió además que se definiera el término "sentencia".

Compensación por liquidación

105. Se convino en suprimir esta expresión, dado que el material pertinente podía insertarse, en su caso, en la definición de "compensación global por saldos netos".

Apertura del procedimiento

106. El Grupo de Trabajo convino en mantener las palabras iniciales de la definición de "apertura del procedimiento", y el texto que viene a continuación, eliminando los corchetes, y en suprimir las palabras "en algunos regímenes ... procedimiento". También se sugirió que se reformulara la definición poniendo de relieve que la apertura era un hecho por el que se definía la fecha pertinente, en vez de dar excesiva importancia a la fecha en sí.

Tribunal

107. Se puso en duda que el análisis que figuraba en los párrafos 2 y 3 y de la definición concreta de "tribunal" fueran necesarios. La propuesta de suprimir la referencia a otras autoridades competentes no recibió apoyo.

Mecanismo de imposición (cram-down)

108. El Grupo de Trabajo decidió suprimir del glosario la definición de "mecanismo de imposición" *cram-down*.

Comité de acreedores

109. Se convino en suprimir de la definición de "comité de acreedores" los tres grupos de palabras entre corchetes. También se sugirió que, después de las palabras "órgano representativo", se agregaran las palabras "con arreglo al régimen de la insolvencia de cada país", y que se suprimieran las palabras "que está facultado para actuar en nombre e interés de los acreedores y".

Deudor

110. El Grupo de Trabajo convino en enmendar esta definición suprimiendo las palabras ",incluida la dirección ... la persona jurídica,", así como las palabras entre corchetes que figuraban al final de la definición.

Liberación

111. Se observó que dado que la liberación no siempre requería una orden judicial y que no se liberaba siempre al deudor de todas las obligaciones, habría que suprimir las referencias a "resolución judicial" y a "todas" las obligaciones. Se sugirió además que se suprimieran las palabras "incluidos los contratos ... de una reorganización". Estos cambios recibieron apoyo.

Transferencia

112. Recibió cierto apoyo la propuesta de reformular la definición con términos del siguiente tenor: "Todo medio por el que una parte traspase a otra, total o parcialmente, un bien o un derecho sobre un bien o por el que se deshaga, total o particularmente, de tal bien o de tal derecho sobre un bien". Se observó que convendría aclarar que el proyecto de guía no se refería a la transferencia de un bien mediante un gravamen, para evitar la confusión que se produciría si el gravamen ya estuviera definido como medio de transferencia.

Bien gravado

113. Se señaló que en el proyecto de guía se había sustituido "bien garantizado" por "bien gravado" a fin de ajustar el texto al del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas. Se convino en que se suprimieran las palabras "mueble o inmueble", así como la segunda frase, y en que se sustituyeran las palabras "que se ha dado en garantía a un acreedor" por las palabras "que un acreedor ha obtenido en garantía".

Establecimiento

114. El Grupo de Trabajo convino en que el contenido de la definición era aceptable.

Contrato financiero

115. Se recordó que el concepto de "contrato financiero" ya se había examinado en el contexto de la compensación y de la compensación global por saldos netos y se convino en que esta definición del glosario figurara entre corchetes hasta que el Grupo de Trabajo concluyera el debate sobre esa cuestión.

Negocio en marcha

116. Se convino en que en el glosario se diera a la definición de "venta como negocio en marcha" el sentido de venta o traspaso de la totalidad o de una parte sustancial de una empresa, diferenciándola así de la venta por separado de los bienes de la empresa.

Insolvencia

117. El Grupo de Trabajo convino en que en la definición se tuviera en cuenta el criterio del momento de la apertura, enunciado en las recomendaciones sobre la apertura del procedimiento.

Patrimonio o masa de la insolvencia

118. Se convino en que se suprimieran las palabras que figuraban después de la primera frase y que, después de la palabra "controlados", se insertaran las palabras "o supervisados". Dado que las palabras referentes al momento de constitución del patrimonio o la masa de la insolvencia no eran muy precisos, convendría suprimirlos. Por otra parte, se sugirió que se insertara en el glosario una definición del concepto de "bien" con objeto de facilitar la comprensión de las definiciones en que se utilizaba ese término.

Procedimiento de insolvencia

119. Tras un debate recibió amplio apoyo la propuesta de formular la definición en términos como los siguientes: "Procedimiento colectivo, judicial o administrativo, llevado a cabo a efectos de liquidar o de reorganizar la empresa del deudor, de conformidad con el régimen de la insolvencia".

Proceso de insolvencia

120. El Grupo de Trabajo convino en que sólo se retuviera la primera frase de la definición y, recordando la anterior decisión sobre el uso del término "proceso", acordó modificar el concepto definido sustituyéndolo por "acuerdo voluntario de reestructuración" o "procedimiento oficioso de reorganización".

Representante de la insolvencia

121. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo concertó una definición del siguiente tenor: "Persona u órgano responsable de la administración del patrimonio o la masa de la insolvencia".

Procedimiento involuntario

122. Recibió cierto apoyo la propuesta de suprimir los conceptos de "procedimiento involuntario" y "procedimiento voluntario" debido a que sólo se aplicaban en algunos Estados y habida cuenta de que en el proyecto de guía podrían enunciarse haciendo referencia a la parte que presentara la solicitud de apertura, como el deudor o un acreedor. Se señaló que los términos empleados en la definición deberían ser lo suficientemente amplios para englobar las solicitudes de autoridades gubernamentales que no fueran acreedoras o las solicitudes de otras partes interesadas.

Liquidación

123. Recibió apoyo la propuesta de adoptar una definición del siguiente tenor: "Procedimiento encaminado a reunir los bienes del deudor y materializar su valor en dinero para su distribución de conformidad con el régimen de la insolvencia".

Margen, compensación por saldos netos, acuerdo de compensación global, y compensación

124. Con respecto al término "margen", se observó que en la nota 5 de pie de página del documento A/CN.9/WG.V/WP.68 ya se daba una explicación suficiente del concepto, por lo que no era preciso incluirlo también en el glosario, sobre todo si se empleaban términos análogos a los de la nota. Tras un debate, se acordó aplazar el examen de los conceptos de "margen", "compensación global por saldos netos", "acuerdo de compensación global" y "compensación" hasta que el Grupo de Trabajo hubiera concluido sus deliberaciones sobre el tema de los contratos financieros en su siguiente período de sesiones.

Giro normal del negocio

125. Se apoyó la propuesta de definir el concepto con palabras del siguiente tenor: "transferencias u operaciones realizadas de manera acorde a la administración ordinaria de los negocios antes del procedimiento de insolvencia".

Pari passu

126. Recibieron apoyo las propuestas de sustituir "acreedores de la misma categoría" por "acreedores en situación análoga", "se les paga" por "se satisfacen sus créditos", e "igualitario" por "basado en el prorrateo de los créditos" o "proporcional a los créditos".

Perfeccionamiento, acreedor garantizado y garantía real

127. Se apoyó la propuesta de que se reconsideraran estas tres definiciones teniendo en cuenta la forma en que se habían definido los respectivos conceptos en el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas.

Acreedor posterior a la apertura del procedimiento

128. El Grupo de Trabajo convino en que el concepto que había que definir no era el de "acreedor posterior a la apertura" sino el de "crédito posterior a la apertura del procedimiento", y en que, si había que formular una definición basada en el modo en que se utilizaba el concepto en el proyecto de guía, habría que enunciarla en términos como los siguientes: "crédito nacido a raíz de un acto o de una omisión que se hayan producido tras la apertura del procedimiento".

Créditos preferentes

129. Se hizo referencia a la recomendación 70 c) y a las operaciones preferentes en el contexto de los procedimientos de anulación, y se sugirió que, si era preciso definir el concepto de "créditos preferentes", se emplearan los mismos términos que en la recomendación. Se sugirió que se definiera como un acto del deudor a resultas del cual se concedía una preferencia.

130. Se propuso que en el glosario se definieran también los conceptos de "liquidez" y "falta de liquidez".

131. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no pudo concluir el examen del glosario.

B. Nota de la Secretaría acerca del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia: glosario, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 29º período de sesiones

(A/CN.9/WG.V/WP.67) [original: inglés]

A. Notas sobre la terminología utilizada en la Guía

1. El único propósito de las siguientes definiciones es orientar al lector de la Guía. Muchos términos, como "acreedor garantizado", "liquidación" y "reorganización", pueden tener significados sustancialmente diferentes en distintos ordenamientos, razón por la cual incluir las definiciones correspondientes en la Guía puede coadyuvar a que los conceptos que en ella se examinan sean comprensibles para todos.

- Referencias de la Guía al "tribunal"

2. En la Guía se parte del supuesto de que se cuenta con supervisión judicial a lo largo de todo el procedimiento de insolvencia, lo que podría comprender la facultad de abrir un procedimiento de insolvencia, nombrar al representante de la insolvencia, supervisar sus actividades y adoptar decisiones en el curso del procedimiento. Si bien esa intervención puede ser apropiada como principio general, cabe considerar otras opciones, por ejemplo, cuando los tribunales no están en condiciones de realizar la labor relativa a la insolvencia (sea por motivos de falta de recursos, sea por falta de la experiencia necesaria) o cuando se prefiere que la supervisión esté a cargo de un organismo administrativo (véase la segunda parte, capítulo IV.D, Marco institucional).

3. En aras de la sencillez, la Guía utiliza la palabra "tribunal" en el mismo sentido en que se emplea en el artículo 2 e) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza para denotar una autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento de insolvencia.

- Referencias al "derecho"

4. Salvo indicación en contrario, cuando se mencione en la Guía el término "derecho", se entenderá referido al régimen de la insolvencia.

- Reglas de interpretación

5. La conjunción "o" no debe interpretarse en sentido excluyente; los términos empleados en singular abarcan también el plural; los términos "incluye(n)" o "incluido" no denotan que la enumeración subsiguiente es exhaustiva.

B. Definición de términos

Acción de anulación	Acción que permite que las operaciones [que se efectúen antes de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia o antes de la apertura misma] se cancelen o se dejen sin efecto. Entre las operaciones que podrán ser objeto de anulación figuran las encaminadas a frustrar u obstaculizar los propósitos de los acreedores o causarles demoras; las operaciones infravaloradas; las operaciones preferentes; y las operaciones con personas allegadas.
Acreedor garantizado	Acreedor amparado por una garantía real que abarca todos o una parte de los bienes del deudor o por una garantía real sobre un bien determinado que le otorga prelación frente a otros acreedores con respecto al bien gravado.
Acreedor no garantizado	Acreedor que no está amparado por una garantía real o acreedor ordinario que no goza de derechos preferentes.
Acreedor posterior a la apertura del procedimiento	Acreedor cuyo crédito nace después de abrirse el procedimiento de insolvencia.
Acuerdo de compensación global	Todo acuerdo entre dos o más partes que prevea una o más de las siguientes operaciones: i) La liquidación neta de los pagos debidos en la misma moneda y en una misma fecha, ya sea por novación o de otra forma; ii) En caso de insolvencia u otro tipo de incumplimiento de una de las partes, la liquidación de todas las operaciones pendientes a su valor de sustitución o a su valor real de mercado y la conversión de esas sumas a una sola moneda y a un único saldo neto mediante su compensación global con un único pago de una de las partes a la otra; o iii) La compensación de los saldos calculados en la forma indicada en el inciso ii) de esta definición que sean adeudados en virtud de dos o más acuerdos de compensación global [Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, artículo 5 l), 2002].
Apertura del procedimiento	Fecha a partir de la cual rigen los efectos de la insolvencia o [fecha a partir de la cual entra en vigor la resolución judicial, definitiva o no, de abrir el procedimiento de insolvencia]; en algunos regímenes se denomina “incoación” del procedimiento.

Bien gravado	Bien o propiedad, mueble o inmueble, que se ha dado en garantía a un acreedor. Si la obligación no se satisface, el acreedor titular de la garantía real podrá recuperar o retener el bien o la propiedad sobre los que se haya constituido la garantía o el valor de liquidación correspondiente.
Bienes onerosos	Bienes que pueden tener un valor negativo o insignificante, como cuando el valor del crédito garantizado es superior al valor del bien gravado; cuando los bienes no son esenciales para la reorganización; cuando la conservación del bien representa una carga al requerir gastos excesivos que excederían del producto de la liquidación del bien o que crearían una obligación o responsabilidad onerosa de pagar dinero; o cuando el bien no es vendible o el representante de la insolvencia no lo puede vender fácilmente por tratarse de un bien singular o por carecer de un valor de mercado fácilmente discernible.
Centro de principales intereses	Lugar donde el deudor lleva a cabo habitualmente la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser determinado por terceros [Reglamento (CE) Núm. 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia, considerando 13]].
Comité de acreedores	Órgano representativo nombrado por [el tribunal] [el representante de la insolvencia] [los acreedores en conjunto] que está facultado para actuar en nombre e interés de los acreedores y que posee las facultades consultivas y de otra índole que se especifiquen en el régimen de la insolvencia.
Compensación	Equiparación de un crédito relativo a una suma adeudada a una persona con un crédito perteneciente a la otra parte, relativo a una suma adeudada por la primera persona. Puede invocarse como excepción total o parcial frente a la reclamación de una suma.
Compensación global por saldos netos	Puede consistir en la compensación (véase 'compensación') de bienes fungibles no monetarios (como valores o productos de entrega inmediata, lo que se conoce como ajuste de cuentas) o, en su forma más importante, en la cancelación por una parte de contratos en curso con el insolvente seguida de la compensación de pérdidas y ganancias en cualquiera de los dos sentidos (compensación por liquidación).

Compensación por liquidación	Disposición contractual [o, en ausencia de tal disposición, toda norma legislativa que sustituya a un acuerdo contractual] en virtud de la cual, en casos de incumplimiento, ya sea a raíz de una compensación global por saldos netos, compensación o por otra razón: i) se aceleran las obligaciones de las partes de modo que sean inmediatamente pagaderas y se expresen como obligación de pagar una suma que corresponda a su valor actual estimado, o estas obligaciones se cancelan y se sustituyen por la obligación de pagar tal cantidad; y/o ii) se contabilizan las deudas recíprocas de las partes respecto de esas obligaciones y el saldo neto de esas deudas será pagadero por la parte que adeude más a la parte que adeude menos [véase la Directiva de la UE sobre los acuerdos financieros de garantía (2002/47)].
Contrato financiero	Toda operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones, obligaciones, índices u otros instrumentos financieros, toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, así como toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas [Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, artículo 5 k], 2002].
"Cram-down"	Véase "mecanismo de imposición".
Crédito	Derecho exigible a reclamar dinero o bienes, que puede basarse en una sentencia o corresponder a una obligación liquidada o por liquidar, vencida o por vencer, impugnada o sin impugnar, garantizada o no garantizada, fija o eventual.
Crédito garantizado	Crédito respaldado por una garantía real constituida en garantía de una deuda que se puede reclamar en caso de que el deudor no pague la deuda a su vencimiento.

Créditos preferentes	Pagos u otras operaciones efectuados por una entidad insolvente que colocan al acreedor en una posición mejor de la que habría tenido si no se hubieran hecho dichos pagos o dichas operaciones, en detrimento o en perjuicio del conjunto de acreedores [en circunstancias distintas del giro normal del negocio].
Demanda administrativa/ gasto administrativo	Créditos que generalmente tienen prelación sobre los créditos no garantizados y que guardan relación con los gastos administrativos del procedimiento, como la remuneración del representante de la insolvencia y de los profesionales empleados por éste, las deudas que se generen como consecuencia del correcto ejercicio de las facultades y poderes del representante de la insolvencia, los gastos generados por el mantenimiento de obligaciones contractuales y los gastos del procedimiento [véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, párr. 426].
Demanda prioritaria	Demanda que se abonará con cargo a los bienes disponibles antes de pagar a los acreedores generales no garantizados.
Deuda garantizada	[Cuantía global de los créditos garantizados] o [créditos correspondientes a los acreedores garantizados].
Deuda no garantizada	Cuantía global de los créditos que no están respaldados por una garantía real.
Deudor	Persona física o jurídica, incluida la dirección o las personas que controlan la persona jurídica, que participa en una empresa mercantil que puede ser objeto de un procedimiento de insolvencia; o [persona física o entidad que tenga deudas con un acreedor].
Empresa estatal	[*por finalizar*]
Establecimiento	Todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios [Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, artículo 2 f]].
Garantía real	Derecho o interés jurídico otorgado con el compromiso de una parte de pagar o cumplir una obligación. Ya sean establecidos voluntariamente por convención o involuntariamente por un proceso legal, los derechos reales de garantía generalmente incluyen las hipotecas, las prendas, los gravámenes (charges) y los privilegios (liens), sin limitarse necesariamente a ellos. [Principios y líneas rectoras

	del Banco Mundial, 2001]. (cfr. por "valores mobiliarios" se entiende cualesquiera acciones, bonos, obligaciones u otros instrumentos o activos financieros (salvo dinero en efectivo), o cualesquiera intereses en ellos [Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado: anteproyecto de Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario; abril de 2002].
Giro normal del negocio	La manera y el alcance normales de un negocio, considerados especialmente en relación con la cuantía, las circunstancias y la validez de una transferencia determinada.
Gravamen prioritario	Prelación de que gozan los prestamistas que otorgan financiación tras la apertura del procedimiento frente a los demás acreedores, incluidos los que tengan créditos garantizados.
Insolvencia	Situación en que el deudor es incapaz de pagar sus deudas y cumplir sus otras obligaciones a su vencimiento o cuando sean pagaderas o situación en que la cuantía de las deudas y obligaciones del deudor sobrepasa el valor de sus bienes.
Liberación	Resolución judicial que libera a un deudor de todas las obligaciones que se hubieran especificado o se hubieran podido especificar en el procedimiento de insolvencia, incluidos los contratos que se hubieren modificado como parte de una reorganización.
Liquidación	Proceso de reunión y venta de los activos del deudor de manera ordenada y expeditiva en orden a disolver la empresa (cuando el deudor sea una sociedad u otra entidad jurídica) o a liberar al deudor (cuando éste sea una persona natural) y a distribuir el producto de la venta entre los acreedores de acuerdos o la legislación vigente. La liquidación puede incluir la venta por partes de los bienes del deudor o la venta de todos o de la mayor parte de ellos en unidades funcionales productivas o como empresa en funcionamiento [véanse los Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores del Banco Mundial, 2001]. Este tipo de procedimiento se designa también con otros términos, como bancarrota, liquidación, *faillite*, quiebra y *Konkursverfahren.*

Margen	El proceso de constituir un deposito adicional de efectivo o de valores mobiliarios a título de garantía real en respecto de operaciones realizadas conforme a una fórmula contractual que tiene en cuenta las fluctuaciones del valor de mercado del contrato y de la garantía ya existente. Por ejemplo, en relación con un crédito "swap" podría requerirse un margen del 105% para mantener el valor del contrato a su terminación. Si la posición de garantía disminuye al 100%, podría exigirse que se previera un margen adicional.
Mecanismo de imposición	Mecanismo que permite que el apoyo de un plan de reorganización por parte de una clase de acreedores se utilice para que el plan resulte vinculante para otras clases de acreedores que no hayan dado su consentimiento.
Negocio en marcha	Por venta de la empresa como "negocio en marcha" se entiende el mantenimiento de la empresa con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia y su venta a título de totalidad, a diferencia de cuando se van vendiendo poco a poco los bienes de la empresa.
Pago de liquidación	[*por finalizar*]
Pari passu	Principio según el cual se concede un trato igualitario a los acreedores de la misma categoría [y se les paga de forma proporcional a los activos del insolvente].
Parte allegada	Persona que ejerce o ha ejercido algún tipo de control sobre el negocio del deudor, como un director o empleado de una entidad jurídica, un accionista o un socio de esa entidad que está relacionada con la empresa del deudor, y comprende a todo pariente de esa persona; por "pariente" en relación con una persona allegada se entiende el cónyuge, los padres, los abuelos, los hijos o los hermanos de la persona allegada.
Patrimonio desprovisto de bienes	Patrimonio de la insolvencia que no dispone de bienes suficientes para ser administrado conforme al régimen de la insolvencia
Patrimonio o masa de la insolvencia	Bienes y derechos del deudor controlados por el representante de la insolvencia, sujetos al procedimiento de insolvencia y que están constituidos en el momento de iniciarse el procedimiento. El patrimonio incluye los bienes y derechos a los que el deudor tenga algún derecho, independientemente de que estén o no en posesión

	del deudor al iniciarse el procedimiento de insolvencia, incluidos todos los bienes corporales (muebles o inmuebles) e inmateriales. Los bienes inmateriales pueden definirse de diversas maneras en las legislaciones, pero pueden incluir los derechos de propiedad intelectual, los conocimientos de embarque, los valores bursátiles y los títulos financieros, las pólizas de seguros, los derechos contractuales (incluidos los relativos a los bienes que sean propiedad de terceros) y los derechos a entablar acciones judiciales a causa de daños extracontractuales.
Perfeccionamiento	Ultimación de cualesquiera medidas necesarias para hacer valer un traspaso frente a personas que no sean partes en él: [Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado: anteproyecto de Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario; abril de 2002].
Período de sospecha	El período con referencia al cual ciertas operaciones pueden ser objeto de anulación. El período se suele calcular en forma retroactiva a partir de la fecha de la solicitud para la apertura de un procedimiento de insolvencia o de la fecha de tal apertura.
Plan de reorganización	Plan para restablecer la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio del deudor. El régimen de la insolvencia puede disponer que diversas partes presenten el plan (el deudor, los acreedores, el representante de la insolvencia) y que el tribunal lo confirme después de su aprobación por el número requerido de acreedores. En el plan pueden abordarse cuestiones como el momento de iniciar el proceso, los compromisos que se contraerán, las condiciones de pago y las garantías que se ofrecerán a los acreedores, las acciones de anulación que se podrán entablar y el trato que se dará a los contratos pendientes, entre ellos los contratos de trabajo.

Prelación	Preferencia de que goza el derecho de una persona sobre el derecho de otra; la determinación de esa preferencia dependerá, en su caso, de si se trata de un derecho personal o real, de si constituye o no un derecho de garantía de una deuda u otra obligación y de si se han cumplido los requisitos necesarios para dar eficacia a ese derecho frente al de otra parte reclamante [Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, artículo 5].
Prelación absoluta	Prioridad cuyo resultado será que las demandas a las que se refiere la prelación se pagarán antes que las demandas administrativas.
Procedimiento de insolvencia	Procedimiento colectivo de carácter judicial o administrativo, incluido el de índole provisional, que se sustancia en beneficio de los acreedores y de otras partes conforme al régimen de la insolvencia [en el que los bienes y negocios del deudor están sujetos al control o la supervisión de un tribunal o de otra autoridad competente] [que entraña la desposesión [parcial o total] del deudor y el nombramiento de un representante de la insolvencia] con fines de liquidación o de reorganización de la empresa.
Procedimiento involuntario	Procedimiento de insolvencia que se abre a instancias de una parte distinta del deudor, como los acreedores o una autoridad pública.
Proceso de insolvencia	Procedimiento de insolvencia oficioso que no se rige por el régimen de la insolvencia y que suele entrañar negociaciones entre el deudor y la totalidad o parte de sus acreedores. Este tipo de procedimiento ha nacido de la práctica bancaria y mercantil y por lo general prevén algún mecanismo de reorganización del negocio del deudor insolvente. Aunque no se rijan por un régimen de la insolvencia, la eficacia de estos procedimientos oficiosos de reorganización depende, sin embargo, de la existencia de tal régimen, del que puede derivarse algún incentivo indirecto o alguna fuerza persuasiva que facilite una reorganización. Se denominan también procesos oficiosos o extrajudiciales.
Procedimiento voluntario	Procedimiento de insolvencia que se abre a instancias del deudor.

Protección del valor de los bienes gravados	Medidas encaminadas a preservar el valor económico de una garantía real durante el procedimiento de insolvencia (en algunos regímenes se denomina "protección apropiada"). Esta protección pude revestir particular importancia en supuestos en que el monto del crédito garantizado supere el valor del bien gravado o en los supuestos en que, aun cuando el valor del bien gravado exceda del monto del crédito garantizado, ese valor vaya mermando y resulte insuficiente a la larga para satisfacer el crédito garantizado. La merma del valor puede producirse por la aplicación de la paralización de la ejecución de acciones de los acreedores garantizados o la utilización de los bienes gravados en el procedimiento de insolvencia (véase la recomendación 42). La protección puede consistir en pagos en efectivo, el aporte de una garantía adicional u otro medio que, a juicio del tribunal aporte esa protección. Cuando el valor del bien gravado sea superior al del crédito garantizado, y no sea probable que disminuya, puede no ser necesaria la protección.
Reglas de prelación	Reglas que rigen el orden en que deben satisfacerse los créditos de acreedores y accionistas.
Reorganización	Proceso por el cual se restablece la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio de un deudor y se mantiene el negocio en marcha por diversos medios, por ejemplo, la condonación de la deuda, el reescalonamiento del servicio de la deuda, la capitalización de la deuda y la venta de la empresa (o partes de la empresa) como negocio en marcha. Este tipo de proceso se conoce con otros nombres, como rescate, reestructuración, cambio completo, rehabilitación, arreglo, composición, suspensión de pagos, administración judicial de empresas, *concordat préventif de faillite* y *Vergleichsverfahren*.
Representante de la insolvencia	La persona o el órgano, incluso si se ha designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento de insolvencia para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor [Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, artículo 2 d]] El tribunal puede nombrar un representante provisional de la insolvencia en caso de grave crisis del deudor que impida el funcionamiento normal de su negocio, para que se encargue provisionalmente de velar por que la empresa siga en marcha si se inhabilita al deudor o a los directivos de la empresa (posiblemente en relación con una reorganización).

Retención de la titularidad (financiación del precio de compra)	Cláusula de un contrato de suministro de bienes en virtud de la cual el proveedor conserva el dominio de los bienes hasta que el precio de compra sea abonado en su totalidad.
Solicitud de apertura de procedimiento de insolvencia	Solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia que puede ser hecha por el deudor, los acreedores o una autoridad gubernamental. En algunos regímenes de la insolvencia, la solicitud puede desencadenar automáticamente la apertura de un procedimiento; en otros regímenes, el Tribunal debe determinar si se cumplen los criterios de apertura (lo que a veces se denomina la decisión de apertura o de insolvencia) antes de que pueda iniciarse el procedimiento.
Suspensión del procedimiento	Mecanismo que impide la apertura o la continuación de acciones de carácter judicial o administrativo u otro tipo de acción individual referentes a los bienes, los derechos, las obligaciones o las deudas del deudor, incluidos el perfeccionamiento o la ejecución de una garantía real; que paraliza toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia, la finalización de todo contrato en el que el deudor sea parte y que suspende las transmisiones, los gravámenes u otras formas de enajenación de cualquier bien de la masa de la insolvencia o derecho sobre ella (recomendación 35).
Transferencia	Todo traspaso de titularidad, ya sea directo o mediante la concesión de una garantía real con o sin desplazamiento de la posesión [Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado: Anteproyecto de Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario; abril de 2002].
Tribunal	Autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o supervisión de un procedimiento de insolvencia [Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, artículo 2 e]]. [*En la definición deben abordarse la ubicación y el tipo de jurisdicción.*]

C. Nota de la Secretaría acerca del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 29º período de sesiones

(A/CN.9/WG.V/WP.68) [Original: inglés]

1. Los siguientes párrafos y recomendaciones se elaboraron en respuesta a las deliberaciones sobre derechos de compensación, contratos financieros y compensación global por saldos netos que tuvieron lugar en el Grupo de Trabajo en su 28° período de sesiones, celebrado en Nueva York, del 24 al 28 de febrero de 2003, a iniciativa del Fondo Monetario Internacional y en cooperación con un grupo de expertos. El objetivo de la presente revisión es explicar con claridad las nociones pertinentes y las cuestiones suscitadas por los derechos de compensación, los contratos financieros y la compensación global por saldos netos, que serán subsiguientemente reflejados en las recomendaciones.

2. El Grupo de Trabajo tal vez desee evaluar si se debería incluir, en la sección destinada a las observaciones, algún otro material explicativo. Las preocupaciones que se expresaron en el informe del 28° período de sesiones pueden verse reflejadas en el documento A/CN.9/530, párrs. 26 a 37 y el anterior proyecto de la presente sección figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9, párrs. 190-202.

3. Los siguientes párrafos se incorporarían al Capítulo III de la Segunda Parte, "Régimen aplicable a los bienes al iniciarse un procedimiento de insolvencia" del proyecto de guía legislativa, a continuación de la sección sobre "Procedimientos de impugnación".

F. Derechos de compensación

189. La ejecutoriedad, en el marco de un régimen de insolvencia, de los derechos de compensación respecto de las obligaciones recíprocas nacidas de operaciones o actividades realizadas por el deudor con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia es importante no sólo para la previsibilidad comercial y la disponibilidad de crédito financiero, sino también por obviar ciertos motivos estratégicos que pudieran dar lugar a un recurso abusivo al procedimiento de insolvencia. Por ello, es sumamente conveniente que un régimen de la insolvencia ampare tales derechos de compensación.

190. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, los derechos de compensación no se ven afectados por la paralización subsiguiente a la apertura de un procedimiento de insolvencia y podrán ser ejercidos tras la apertura de dicho procedimiento, independientemente de si las obligaciones recíprocas habían nacido de un único contrato o de distintos contratos y sin importar si tales obligaciones vencieron antes o hayan de vencer después de la apertura de un procedimiento de insolvencia. En algunos ordenamientos se hace la siguiente distinción: se permite la compensación posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia, de las obligaciones que hayan vencido con anterioridad a la apertura del mismo, pero se

limita o no se permite la compensación posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia, de las obligaciones que venzan con posterioridad a su apertura.

191. Un enfoque alternativo preserva los derechos de compensación independientemente de si las obligaciones recíprocas vencieron antes o después de la apertura del procedimiento de insolvencia, pero paraliza el ejercicio de esos derechos en la misma medida que tal paralización sea aplicable al ejercicio de los derechos de los acreedores garantizados. En los sistemas que adoptan este enfoque alternativo, el acreedor es equiparado a un acreedor garantizado en lo que respecta a sus propios derechos de compensación válidos pero que aún no ha ejercido y tales derechos están amparados de una manera similar a la protección otorgada a las garantías reales[1].

192. En casi todos los regímenes de la insolvencia figuran disposiciones que facultan al representante de la insolvencia para impugnar ciertos actos de los acreedores, con anterioridad a la apertura del procedimiento, encaminadas a incrementar sus derechos de compensación (tales como la compra de créditos con descuento para así acumular derechos de compensación). La naturaleza y el alcance de tales disposiciones no es siempre la misma.

193. Los derechos de compensación a menudo nacen de la resolución de varios contratos en curso de ejecución, tales como los contratos financieros. Consecuentemente, el tratamiento de los derechos de compensación en el procedimiento de insolvencia guarda una relación directa con el tratamiento que se le dé a tales contratos en el marco del régimen de la insolvencia. En la medida en que un régimen de la insolvencia no permita que los contratos puedan rescindirse libremente, o que supedite el ejercicio de los derechos de compensación a medidas de paralización, desestimación u otras limitaciones, será necesario contar con excepciones que amparen adecuadamente ciertos tipos de contrato, como los contratos financieros, para que tales limitaciones no les sean aplicables. Es conveniente que esas excepciones se extiendan igualmente a toda facultad en materia de impugnación que pudiera ser aplicable a los contratos financieros como a cualesquiera restricciones que limiten el grado en que un bien constituido en garantía pueda ser afectado al pago de la deuda restante impagada de los contratos financieros, tras haberse ejercido los derechos de compensación.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones aplicables en materia de compensación tienen por objeto:

a) Brindar certeza respecto de las consecuencias de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre el ejercicio de los derechos de compensación;

b) Especificar los tipos de obligaciones que podrán ser objeto de compensación una vez decretada la apertura de un procedimiento de insolvencia;

c) Especificar el efecto que surtirán otras disposiciones del régimen de la insolvencia (por ejemplo la facultad de impugnar ciertas operaciones y la

[1] Véase Segunda Parte, Capítulo III.B.8.

paralización de las actuaciones judiciales) respecto del ejercicio de los derechos de compensación.

Contenido de las disposiciones legales

[82) El régimen de la insolvencia debe amparar todo derecho de compensación, que sea de derecho común, que se haya ejercido válidamente antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, a reserva del régimen aplicable en materia de impugnación de ciertos actos.][2]

G. Contratos financieros y compensación global por saldos netos

194. Los contratos financieros han pasado a ser un componente importante de los mercados de capital internacionales. Entre otras ventajas, dichos contratos aumentan la disponibilidad de crédito y constituyen una importante cobertura frente al riesgo inherente a las fluctuaciones del tipo de cambio, del tipo de interés y demás variables del mercado financiero. Habida cuenta de la forma en que se estructuran y documentan esas operaciones, es imperativo que haya certidumbre respecto de las consecuencias que traerá aparejadas el incumplimiento por una de las partes de sus obligaciones en tales contratos – particularmente en un supuesto de insolvencia.

195. Los contratos financieros incluyen, entre otros, los contratos bursátiles, los contratos de productos básicos, así como las operaciones a plazo, y las denominadas opciones, permutas financieras, acuerdos de recompra de valores, acuerdos marco de compensación por saldos netos y otros contratos similares. A menudo los deudores concluyen diversos contratos con una misma entidad financiera en el curso de una única operación, y se aumentará la disponibilidad de crédito si los derechos nacidos de tales contratos son plenamente ejecutables a tenor de sus cláusulas, lo que permite a la entidad financiera otorgar, de cuando en cuando, crédito en función de su riesgo neto a la luz del valor de todos los contratos "en curso".

196. Al decretarse la apertura de un procedimiento de insolvencia, toda parte financiera intentará cerrar sus posiciones abiertas y "compensar en forma global por saldos netos" todas las obligaciones nacidas de sus contratos financieros con el deudor. La "compensación de clausura" consta de dos etapas: en primer lugar, se darán por clausurados todos los contratos en curso, a raíz de la apertura del procedimiento de insolvencia (etapa de clausura); en segundo lugar, se procederá a la compensación globalizada de todas las obligaciones nacidas de las operaciones clausuradas (etapa de compensación global por saldos netos).

197. Permitir que se proceda a una "compensación de clausura por saldos netos" a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia es un factor importante para atenuar los riesgos sistémicos que podrían amenazar la estabilidad de los mercados financieros. El valor o el riesgo inherente a un contrato financiero puede variar en forma significativa de un día a otro (y a veces en cuestión de horas) dependiendo de las condiciones de los mercados financieros. Por consiguiente, el valor de estos contratos es sumamente inestable. Las partes financieras suelen atenuar o protegerse

[2] Véase A/CN.9/530 párr. 35 respecto de la decisión del Grupo de Trabajo en su 28° período de sesiones.

contra los riesgos inherentes a esos contratos celebrando uno o varios contratos de "emparejamiento" o "cobertura de riesgos" con terceros, cuyo valor fluctúa en función inversa al valor del contrato celebrado con el deudor[3].

198. Independientemente de si el deudor cumple o no el contrato celebrado con la otra parte, ésta deberá cumplir el contrato de cobertura de riegos que concluya con terceros. Si el deudor se declara insolvente y no puede cumplir su contrato con la otra parte, ésta se verá expuesta a los riesgos de la volatilidad del mercado financiero puesto que sus posiciones de cobertura ya no estarán "resguardadas" por su contrato con el deudor. En previsión de tales supuestos, la parte financiera suele intentar "cubrir" dichos contratos de cobertura, celebrando uno o varios contratos nuevos que limiten su riesgo frente a toda nueva fluctuación del mercado. Sin embargo, la entidad financiera no podrá, cubrirse de este modo, en tanto no determine con certeza que no tendrá que seguir cumpliendo el contrato celebrado con el deudor. La entidad financiera ha de defender, para ello, de que se respete su facultad de "clausurar" el contrato celebrado con el deudor, lo que le permitirá "cubrir" su exposición a riesgo rápidamente, a raíz de la apertura del procedimiento de insolvencia.

199. De no poder clausurar y compensar bilateralmente o en forma global por saldos netos las obligaciones nacidas de los contratos financieros incumplidos al decretarse la apertura de un procedimiento de insolvencia, conforme se describió *supra,* el incumplimiento contractual del deudor (o su decisión de cumplir los contratos que le reportarán beneficio y de incumplir aquéllos que no le reporten rédito) podría dar lugar a que la entidad financiera no pueda cumplir sus contratos de cobertura de riegos conexos, que haya celebrado con otros operadores del mercado financiero. La insolvencia de uno de los operadores importantes del mercado podría acarrear el incumplimiento sucesivo de una serie de operaciones de mutuo respaldo, que podrían poner en dificultades financieras a otros participantes en el mercado, y en el peor de los casos, arrastrar en su caída a otras entidades, e incluso a instituciones financieras reguladas. A menudo se denomina a este efecto dominó "riesgo sistémico", y se lo cita como un importante motivo de política financiera para maximizar la previsibilidad de los resultados y reducir este tipo de riesgos para los participantes en el mercado financiero.

200. Toda inquietud respecto del carácter definitivo o firme de los pagos y liquidaciones de los contratos financieros, que se tramitan a través de un sistema centralizado de liquidación y pagos, puede suscitar también riesgos sistémicos. Estos sistemas dependen, para su funcionamiento, de técnicas de compensación global por saldos netos tanto bilaterales como multilaterales. La compensación global por saldos netos de los contratos financieros gestionados a través de esos sistemas, así como la firmeza o índole definitiva de toda compensación o liquidación efectuada en dicho marco, deberán ser reconocidas y amparadas al decretarse la apertura de un procedimiento de insolvencia contra uno de los participantes en uno de estos sistemas, a fin de prevenir todo riesgo sistémico.

201. En muchos países, el propio régimen general de la insolvencia permitirá que todo contrato financiero se rija por sus propias cláusulas a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia, al reconocerse la validez de toda cláusula de clausura

[3] En la presente sección, toda referencia que se haga a un "contrato" puede referirse a uno o varios contratos.

o resolución del contrato a raíz de la apertura de dicho procedimiento (véase la Segunda Parte, capítulo III.D.2 y la recomendación 53)) y al permitirse la compensación de obligaciones, siempre que la acción por incumplimiento entablada se base en una cláusula de resolución automática del contrato o sea previa a la apertura de dicho procedimiento. Aquellos otros países, cuyo régimen de la insolvencia reste validez a las cláusulas de resolución automática o paralice o limite el ejercicio de los derechos de compensación o toda otra actuación entablada por los acreedores del deudor insolvente, deberán prever alguna excepción expresa en su régimen de la insolvencia que dote de plena ejecutoriedad judicial a dichas cláusulas y derechos respecto de los contratos financieros.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre compensación global por saldos netos y derechos de compensación en el contexto de las operaciones financieras tienen por objeto:

a) Impartir certeza respecto de los derechos de las partes en un contrato financiero en caso de incumplimiento contractual de una de las partes por declaración de insolvencia;

b) Atenuar los riesgos sistémicos que podrían amenazar la estabilidad de los mercados financieros.

Contenido de las disposiciones legales

83) El régimen de la insolvencia debe reconocer todo derecho de cláusula contractual estipulado en los contratos financieros que permita la resolución de tales contratos, la compensación bilateral y la compensación global por saldos netos de las obligaciones en curso, nacidas de dichos contratos, a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia. De haberse previsto en dicho régimen la paralización de toda medida resolutoria de los contratos o de limitarse la ejecutoriedad de las cláusulas de resolución automática a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia, habrá que exceptuar a los contratos financieros de dichas limitaciones[4].

84) Una vez clausurados los contratos financieros del deudor, por la entidad financiera, se debe permitir que dicha entidad compense globalmente por saldos netos o ejerza todo otro derecho de compensación respecto de las obligaciones nacidas de los contratos clausurados, para determinar así su posición neta de riesgo frente al deudor. Se debería permitir dicha clausura contractual y compensación financiera, para determinar el riesgo neto, con independencia de si la resolución de los contratos ocurre antes o después de la apertura del procedimiento de insolvencia. Si la ley restringe o paraliza el ejercicio de los derechos de compensación al decretarse la apertura de un procedimiento de insolvencia, los derechos de

[4] Ello permitirá que los participantes en el mercado puedan otorgar crédito en función de sus "posiciones netas" y evitará además que el deudor "seleccione" sus contratos dando curso a algunos e incumpliendo otros, lo que puede tener efectos particularmente graves respecto de los contratos financieros habida cuenta del riesgo sistémico en dicho mercado.

compensación y la compensación global por saldos netos de los contratos financieros deben quedar exentos de dichas limitaciones.

85) Una vez clausurados los contratos financieros del deudor, se debe permitir que toda parte financiera haga efectivas sus garantías reales, destinando sus productos a la satisfacción de las obligaciones nacidas de los contratos financieros. Los contratos financieros deben quedar exentos de toda paralización impuesta por el régimen de la insolvencia a la ejecutoriedad de una garantía real.

86) Toda transferencia usual previa a la apertura del procedimiento de insolvencia, que sea conforme a la práctica imperante en el mercado, tales como la constitución de un margen de cobertura [para cubrir riesgos potenciales] respecto de los contratos financieros[5] y las transferencias para liquidar las obligaciones nacidas de un contrato financiero[6], no deberían ser impugnables en el marco del régimen de la insolvencia [sin perjuicio de la normativa que sea aplicable a las operaciones fraudulentas].

87) El régimen de la insolvencia debe reconocer y amparar el carácter definitivo y firme de los pagos efectuados en el marco de la compensación global por saldos netos, de las cámaras de compensación bancaria y de otros mecanismos de liquidación de contratos financieros a través de sistemas [multilaterales] de pago y liquidación [de valores bursátiles], en todo supuesto de insolvencia de un participante en el sistema.

88) Las recomendaciones 83) a 87) deben ser tenidas por aplicables a toda operación conceptuable como "contrato financiero", independientemente de que una de las partes sea o no una institución financiera[7].

89) La definición de contrato financiero debe hacerse en términos que engloben los diversos tipos de contrato financiero existentes y permitan dar entrada a todo nuevo tipo de contrato financiero que se vaya creando.

---

[5] El denominado margen de cobertura consiste en consignar fondos en efectivo o valores bursátiles adicionales como garantía para las operaciones en curso según una fórmula contractual calculada en función de las fluctuaciones del valor de mercado del contrato y de la garantía real otorgada. Por ejemplo, en una permuta financiera, se tendría que constituir un margen del 105% para mantener el valor de clausura del contrato. Si la posición de resguardo cae al 100%, se tendría que constituir cierto margen adicional.

[6] En algunos países, un pago de liquidación podría ser considerado como un privilegio. En el ejemplo de la permuta financiera, los pagos de liquidación deben realizarse mensualmente o al momento de la resolución del contrato sobre la base de su valor de mercado. Tales pagos no constituyen transferencias de valor por valor, sino el pago de una obligación vencida de deudas acumuladas. En los países cuya legislación prevé el mismo período de sospecha para todas las operaciones anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia, dicho pago también podría ser objeto de impugnación.

[7] Incluso si en un contrato financiero no interviene una institución financiera, el impacto de la insolvencia de una parte en el contrato podría conllevar un riesgo sistémico.

D. Informe del Grupo de Trabajo V sobre el Régimen de la Insolvencia sobre la labor de su 30º período de sesiones (Nueva York, 29 de marzo a 2 de abril de 2004)

(A/CN.9/551) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
I.	Introducción: resumen de las deliberaciones anteriores del Grupo de Trabajo	1-12
II.	Organización del período de sesiones	13-19
III.	Resumen de las deliberaciones y decisiones	20-23
IV.	Deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo	24-164
	A. Ley aplicable en un procedimiento de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.72)	24-32
	B. Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, segunda parte (A/CN.9/WG.V/WP.70 - part II)	33-109
	1. Segunda parte. Capítulo I. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia	34-39
	2. Segunda parte. Capítulo II. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia	40-78
	a) Bienes que constituyen la masa de la insolvencia	40-42
	b) Protección y conservación de la masa de la insolvencia	43-45
	c) Utilización y disposición de los bienes	46-58
	d) Financiación posterior a la apertura del procedimiento	59-61
	e) Régimen aplicable a los contratos	62-68
	f) Procedimiento de impugnación	69-75
	g) Derechos de compensación, contratos financieros y compensación global por saldos netos	76-78
	3. Segunda parte. Capítulo III. Participantes	79-87
	a) El deudor	79-80
	b) El representante de la insolvencia	81-83
	c) Acreedores - participación en el procedimiento de insolvencia	84-86
	d) Derecho de la parte interesada a ser oída y a apelar	87
	4. Segunda parte. Capítulo IV. Reorganización	88-99
	a) El plan de reorganización	88-93
	b) Procedimiento de reorganización agilizado	94-99

5. Segunda parte. Capítulo V. Administración del procedimiento 100-106
a) Régimen aplicable a los créditos de los acreedores 100-103
b) Prioridades y distribución 104
c) Grupos de sociedades mercantiles 105-106
6. Conclusión del procedimiento 107-164
a) Exoneración 107-108
b) Conclusión del procedimiento 109
C. Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (primera parte) 110-116
D. Glosario 117-164

I. Introducción: resumen de las deliberaciones anteriores del Grupo de Trabajo

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión examinó una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en materia de derecho de insolvencia, en la que se recomendaba que se incluyera la insolvencia en su programa, pues era el foro apropiado a causa de su composición universal y de su fructífera labor sobre la cuestión de la insolvencia transfronteriza, así como de las relaciones de trabajo que había establecido con organizaciones internacionales que tenían pericia e interés en el tema de la insolvencia. En la propuesta se instaba a la Comisión a que estudiara la posibilidad de encomendar a un grupo de trabajo la elaboración de una ley modelo sobre la insolvencia de sociedades mercantiles a fin de promover y alentar la adopción en el derecho interno de regímenes eficaces en esa materia.

2. En la Comisión se reconoció cuán importante era para todos los países disponer de sólidos regímenes de la insolvencia. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de la insolvencia adoptado por un país se había convertido en un factor decisivo a la hora de efectuar una clasificación internacional de la solvencia crediticia de sus empresas. Sin embargo, se expresó preocupación ante las dificultades que entrañaba la tarea de uniformar, en el ámbito internacional, el régimen legal de la insolvencia, por razón de la importancia, del carácter controvertido y de la diversidad de opciones sociopolíticas que suponía. Ante esas dificultades, se temía que la labor no pudiera culminar con éxito. Se señaló que, con toda probabilidad, no sería factible elaborar una ley modelo de aceptación universal, por lo que en toda labor que se emprendiera convendría adoptar un criterio flexible que dejara al arbitrio de los Estados ciertas opciones de política general o comercial en esta materia. Si bien se expresó apoyo por toda tarea que respetara ese criterio de flexibilidad, se convino en general en que la Comisión no podía adoptar la decisión definitiva de encomendar a un grupo de trabajo la tarea de preparar un régimen legal modelo o algún otro texto sin antes estudiar la labor ya emprendida por otras organizaciones y sin haber examinado las cuestiones pertinentes.

3. Con objeto de facilitar ese estudio, la Comisión decidió convocar un período de sesiones de un grupo de trabajo encargado de estudiar el tema y de preparar una propuesta de viabilidad que sería examinada por la Comisión en su 33º período de sesiones. Ese período de sesiones del Grupo de Trabajo tuvo lugar en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999.

4. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tomó nota de la recomendación presentada por el Grupo de Trabajo, en su informe (A/CN.9/469, párr. 140), y encomendó a dicho Grupo que preparara una descripción general de los objetivos fundamentales y de las características esenciales que debe tener un sólido régimen de la insolvencia para resolver todo conflicto en la relación jurídica entre el deudor y sus acreedores, y que examinara además alguna vía de reorganización extrajudicial de empresas insolventes, así como una guía legislativa con soluciones flexibles para la consecución de esos objetivos y la definición de esas características, en la que se examinaran las diversas soluciones posibles y sus correspondientes ventajas e inconvenientes[1].

5. Se convino en que, al realizar esta tarea, el Grupo de Trabajo habría de tener presente la labor en curso o ya realizada por otras organizaciones, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Asiático de Desarrollo, INSOL International (que es una federación internacional de profesionales en materia de Insolvencia) y el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la Asociación Internacional de Abogados. A fin de conocer las opiniones de esas organizaciones y de beneficiarse de sus conocimientos, la Secretaría, en colaboración con INSOL y con la Asociación Internacional de Abogados, organizó en Viena, del 4 al 6 de diciembre de 2000, el Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL-Asociación Internacional de Abogados.

6. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Coloquio (A/CN.9/495).

7. La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y encomió la labor realizada hasta la fecha, particularmente en lo que respecta a la celebración del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia y a los esfuerzos de coordinación con otras organizaciones internacionales sobre cuestiones propias del derecho de la insolvencia. La Comisión examinó las recomendaciones del Coloquio, especialmente las relativas a la forma que cabría dar al producto de la futura labor y a la interpretación del mandato conferido al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 33º período de sesiones. La Comisión confirmó que el mandato que había dado al Grupo de Trabajo debía interpretarse en sentido lato, con miras a elaborar un instrumento de trabajo flexible que revistiera la forma de una guía legislativa. A fin de evitar que la guía legislativa resultara demasiado general o abstracta para impartir al legislador la orientación requerida, la Comisión sugirió que el Grupo de Trabajo centrara al máximo su labor sobre dicho texto en puntos concretos y, con ese fin, se sugirió que, en lo posible, se formularan disposiciones legales modelo, aun cuando sólo fuera sobre algunas de las cuestiones tratadas en la guía[2].

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/55/17), párrs. 400 a 409.

[2] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/56/17), párrs. 296 a 308.

8. En su 24º período de sesiones (Nueva York, 23 de julio a 3 de agosto de 2001), el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia comenzó a ocuparse del tema examinando el primer proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia. El informe sobre ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/504. La labor se reanudó en los períodos de sesiones 25º (Viena, 3 a 14 de diciembre de 2001), 26º (Nueva York, 13 a 17 de mayo de 2002) y 27º (Viena, 9 a 13 de diciembre de 2002). Los informes sobre esos tres períodos de sesiones figuran, respectivamente, en los documentos A/CN.9/507, A/CN.9/511 y A/CN.9/529.

9. En su 27º período de sesiones, a raíz de una solicitud formulada por la Comisión en 2002, en su 35º período de sesiones, de que el Grupo de Trabajo hiciera una recomendación sobre la fecha en que podría concluir su labor[3], el Grupo de Trabajo subrayó la necesidad de ultimar la Guía lo antes posible y recomendó que, si bien el proyecto de guía tal vez no estaría finalizado para su aprobación definitiva por la Comisión en 2003, convendría presentar a la Comisión en ese año un análisis preliminar y una evaluación de los criterios en que se basaba la guía legislativa. Este enfoque facilitaría la utilización de la guía legislativa como instrumento de consulta antes de su aprobación definitiva en 2004, y brindaría a los países que no hubieran participado en el Grupo de Trabajo la oportunidad de estudiar la labor preparatoria de la guía. Se señaló que el Grupo de Trabajo tal vez pudiera requerir otro período de sesiones durante el segundo semestre de 2003 y tal vez incluso durante el primer semestre de 2004, a fin de perfeccionar el texto con miras a su aprobación definitiva.

10. En su 28º período de sesiones (Nueva York, 24 a 28 de febrero de 2003), el Grupo de Trabajo aprobó la siguiente recomendación, para que fuera presentada a la Comisión: "Tras cinco períodos de sesiones (entre julio de 2001 y febrero de 2003) de amplios análisis y deliberaciones, el Grupo de Trabajo informa a la Comisión de que ha concluido su examen de la parte básica del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (enunciado en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63 y adiciones 1 a 17) y recomienda a la Comisión que:

> "1. Apruebe el alcance de la labor realizada por el Grupo de Trabajo reconociendo que se ajusta al mandato encomendado al Grupo de Trabajo, consistente en preparar una descripción general de los objetivos y características fundamentales de un sólido régimen de la insolvencia que rija las relaciones jurídicas entre deudor y acreedores, incluido el examen de un procedimiento de reorganización extrajudicial de empresas insolventes, y una guía legislativa, con soluciones flexibles para la consecución de esos objetivos y la definición de esas características, en la que se examinen las diversas soluciones posibles y sus correspondientes ventajas e inconvenientes;
>
> 2. Apruebe de forma preliminar los objetivos fundamentales, las características generales y la estructura de todo régimen de la insolvencia, conforme pueden verse enunciados en los capítulos introductorios de la primera parte de la guía legislativa;
>
> 3. Encomiende a la Secretaría que haga llegar el actual proyecto de guía legislativa a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, así como a

[3] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párr. 194.

las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes y a las organizaciones del sector privado y de ámbito regional, a fin de que formulen observaciones;

4. Continúe colaborando estrechamente con el Banco Mundial y con otras organizaciones que se ocupan de la reforma del régimen de la insolvencia para asegurar la complementariedad de sus respectivas labores y evitar duplicaciones, y tenga en cuenta la labor realizada por el Grupo de Trabajo VI sobre el régimen de las operaciones garantizadas; y

5. Pida al Grupo de Trabajo que concluya su labor sobre la guía legislativa a fin de poder presentarla a la Comisión en 2004 con miras a su aprobación definitiva[4]."

11. En su 36º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión examinó el proyecto de guía legislativa y le dio, en principio, su aprobación, a reserva de que se ultimara conforme a los objetivos fundamentales que tenía asignados. La Comisión también pidió a la Secretaría que hiciera llegar, lo antes posible, la guía legislativa a los Estados Miembros, a las organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales internacionales pertinentes, así como a entidades del sector privado, a organizaciones regionales interesadas y a juristas de renombre, para recabar sus observaciones, y que presentara la guía a la Comisión, en 2004, para su aprobación definitiva[5].

12. La labor sobre el proyecto de guía legislativa prosiguió en el 29º período de sesiones del Grupo de Trabajo (Viena, 1º a 5 de septiembre de 2003). El informe correspondiente se recoge en el documento A/CN.9/542.

II. Organización del período de sesiones

13. El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 30º período de sesiones en Nueva York del 29 de marzo al 2 de abril de 2004. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Burkina Faso, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Fiji, Francia, India, Italia, Japón, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Singapur, Sudán, Suecia y Tailandia.

14. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Australia, Belarús, Croacia, Cuba, Dinamarca, Filipinas, Irlanda, Jamahiriya Árabe Libia, Madagascar, Mongolia, Nigeria, Países Bajos, Qatar, República Checa, República de Corea, Santa Sede, Serbia y Montenegro, Sudáfrica, Suiza, Turquía, Venezuela y Viet Nam.

15. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: a) organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Fondo Monetario Internacional (FMI) y Banco Mundial; b) organizaciones

[4] A/CN.9/530, párr. 18.

[5] Consúltese el texto completo de las deliberaciones y decisiones de la Comisión en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párrs. 172 a 197.

intergubernamentales: Asociación Internacional de Organismos Reguladores de la Insolvencia, Banco Asiático de Desarrollo, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana; c) organizaciones no gubernamentales: *American Bar Association* (*ABA*), *American Bar Foundation* (*ABF*), Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Asociación Internacional de Abogados, *Centre pour la recherche et l'étude du droit africain unifié* (*CREDAU*), Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, *Groupe de réflexion sur l'insolvabilite et sa prévention* (*GRIP* 21), Grupo de Trabajo Internacional sobre el Régimen Europeo de la Insolvencia, INSOL International, Instituto de Derecho Internacional, *International Insolvency Institute* (III) y *Union Internationale des Avocats*.

16. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes componentes de la Mesa:

Presidente: Sr. Wisit WISITSORA-AT (Tailandia)

Relator: Sr. Jorge PINZÓN SÁNCHEZ (Colombia)

17. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.70, parts I y II); y una nota de la Secretaría titulada "Derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia" (A/CN.9/WG.V/WP.72).

18. Se dispuso asimismo de la siguiente documentación de antecedentes: Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura acerca del régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.50); informes en la materia del Secretario General (A/CN.9/WG.V/WP.54, A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 y 2; A/CN.9/WG.V/WP.55; A/CN.9/WG.V/WP.57; A/CN.9/WG.V/WP.58; A/CN.9/WG.V/WP.59; A/CN.9/WG.V/WP.61 y Add.1); Informe del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL-Asociación Internacional de Abogados, celebrado en 2000 (A/CN.9/495); informes de la CNUDMI sobre sus períodos de sesiones 34º, celebrado en 2001 (A/56/17); 35º, celebrado en 2002 (A/57/17); y 36º, celebrado en 2003 (A/58/17); informes del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de sus períodos de sesiones 22º, celebrado en diciembre de 1999 (A/CN.9/469); 24º, celebrado en julio y agosto de 2001 (A/CN.9/504), 25º, celebrado en diciembre de 2001 (A/CN.9/507); 26º, celebrado en mayo de 2002 (A/CN.9/511); 27º, celebrado en diciembre de 2002 (A/CN.9/529); 28º, celebrado en febrero de 2003 (A/CN.9/530) y 29º, celebrado en septiembre de 2003 (A/CN.9/542).

19. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Calendario de reuniones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Preparación de una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Resumen de las deliberaciones y decisiones

20. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, centrándose en primer término en la cuestión de la ley aplicable en un procedimiento de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.72), para pasar, a continuación, al examen de la segunda parte del documento A/CN.9/WG.V/WP.70 y por último en su primera parte. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no pudo concluir el examen del Glosario de la primera parte de proyecto de guía y llegó hasta la definición, en la versión inglesa, del concepto de *related person* (persona allegada). Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo sobre las diversas adiciones examinadas se exponen a continuación. Se informó al Grupo de Trabajo de las deliberaciones y conclusiones del período de sesiones celebrado conjuntamente con el Grupo de Trabajo VI (26 de marzo de 2004). El Grupo de Trabajo V consideró aceptable en general el contenido de los párrafos del comentario y de las recomendaciones a las que no se aludía concretamente en el informe. Tras haber concluido el examen de las partes sustantivas de la Guía, el Grupo de Trabajo estimó que en unos cinco o seis días la Comisión, en su 37º período de sesiones, tendría tiempo suficiente para ultimar y aprobar el proyecto de guía.

21. Se recordó que en su 29º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había examinado la posibilidad de que se coordinara la labor de preparación del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la CNUDMI con la labor del Banco Mundial sobre sus Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores, a fin de armonizar dichos textos. El Grupo de Trabajo tomó nota de la propuesta de publicar conjuntamente los Principios del Banco Mundial y la versión definitiva de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia a fin de formular una normativa unificada aplicable a la insolvencia y a los derechos de los acreedores. Esa publicación conjunta constaría de:

i. Una sección sobre el marco jurídico de la insolvencia, que combinara lo dicho al respecto en los Principios del Banco Mundial y en la Guía Legislativa de la CNUDMI (recomendaciones legislativas y comentario). Dicha sección podría incluir además todo comentario, preparado por el Banco, que a) versara sobre aspectos no tratados en los comentarios de la CNUDMI, b) no fuera incompatible con dichos comentarios, y c) supusiera un claro enriquecimiento de los comentarios de la CNUDMI. Convendría evitar que se diera la impresión de que se trataba de “comentarios paralelos”.

ii. Una sección dedicada al marco institucional y reglamentario de la insolvencia, así como a la gestión de riesgos en supuestos de insolvencia y a las vías extrajudiciales de resolución. En esta sección se recogerían básicamente las secciones pertinentes de los Principios del Banco Mundial, junto con las recomendaciones legislativas y los correspondientes comentarios que actualmente preparaba el personal del Banco. Respecto de aquellas subsecciones en las que la CNUDMI formulara recomendaciones legislativas y comentarios incorporables al nuevo texto, se seguiría la metodología indicada en el anterior inciso.

iii. Una sección sobre los derechos de los acreedores y su ejecutabilidad, que contendría las secciones pertinentes de los Principios del Banco Mundial y de las recomendaciones legislativas y comentarios correspondientes (preparados por el Banco). En toda subsección que se dedicara a las operaciones garantizadas se indicaría con claridad que, a diferencia de lo que sucedía respecto de otros temas, la normativa unificada actual incorporaba únicamente, de momento, los Principios pertinentes del Banco Mundial, aun cuando sería complementada ulteriormente con el contenido de la Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas una vez que la CNUDMI hubiera ultimado su texto en 2005 ó 2006.

22. Se señaló que, antes de finalizar la publicación conjunta, su texto sería examinado por el Presidente del Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, junto con un grupo de expertos y miembros de la secretaría de la Comisión, en estrecha coordinación con el personal del Banco Mundial, con miras a subsanar toda posible incoherencia que pudiera haber entre la Guía Legislativa de la CNUDMI y los Principios del Banco Mundial.

23. El Grupo de Trabajo apoyó esa propuesta y se felicitó de la labor de coordinación emprendida por las tres organizaciones citadas y de la preparación de una publicación conjunta, que sería de gran utilidad para llevar a cabo la reforma del régimen de la insolvencia.

IV. Deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo

A. Ley aplicable en un procedimiento de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.72)

24. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) estimó, en su quinto período de sesiones (22 a 25 de marzo de 2004), que los principios enunciados en el texto actual del documento A/CN.9/WG.V/WP.72 eran en general aceptables (véase A/CN.9/550, párr. 34). Se convino, en particular, en que la apertura de un procedimiento de insolvencia no daría lugar a cambio alguno en las reglas de conflicto de leyes que fueran aplicables, con anterioridad a la declaración de la insolvencia, a la constitución de una garantía real o a su validez frente a terceros. Se convino además en que la apertura de un procedimiento de insolvencia tampoco alterara la ley aplicable a la prelación de las garantías reales, salvo en la medida en que el régimen de la insolvencia prevea explícitamente una disposición al respecto. No obstante, se convino también en que la apertura de un procedimiento de insolvencia pudiera, en cambio, alterar la normativa aplicable a la ejecución de una garantía real, dado que lo procedente era que toda cuestión de ejecución quedara sujeta al régimen de la insolvencia del Estado del foro.

Cláusula relativa a la finalidad de las recomendaciones

25. Respecto de la sección del texto examinado dedicada a la finalidad de las recomendaciones enunciadas en el documento A/CN.9/WG.V/WP.72, se sugirió que una finalidad adicional de la normativa concerniente a la ley aplicable en el procedimiento de insolvencia era la de maximizar el valor de los bienes, sin limitarse a facilitar la solución de las cuestiones controvertidas entre el deudor y sus

acreedores. Se argumentó que se trataba de un punto importante, dado que uno de los efectos de la selección por los interesados del foro competente podría ser el de reducir el valor de la masa de la insolvencia. Prevaleció, no obstante, en el Grupo de Trabajo el parecer de que la maximización del valor de los bienes de la masa era una cuestión que convenía tratar como objetivo principal del régimen de la insolvencia en su conjunto, por lo que debería retenerse la formulación actual de la sección que se estaba examinando.

Recomendación 179

26. Si bien el Grupo de Trabajo aprobó en general el contenido de la recomendación 179, en su formulación actual, un número considerable de delegaciones fue partidario de que se trasladara dicha recomendación a otro capítulo de la Guía, ya que no versaba sobre cuestiones relativas a la determinación de la ley aplicable. Se sugirió, por ejemplo, trasladarla al párrafo 28 de la sección C de su primera parte, en donde se trata de los rasgos o características generales de todo régimen de la insolvencia, o a la sección A del capítulo V de la segunda parte, a fin de insertarla en el marco de las observaciones introductorias del régimen aplicable a los créditos de los acreedores. Se observó que, independientemente de la parte del texto en que se insertara esa recomendación, debería hacerse remisión, en su enunciado, al capítulo relativo a la ley aplicable. En cuanto a la redacción, se sugirió que, a continuación de las palabras "con arreglo a la legislación general" se agregara "interna o extranjera".

Recomendación 180

27. El Grupo de Trabajo aprobó en general el contenido de la recomendación 180 en su formulación actual. Se convino también en que, conforme se indicó anteriormente, se insertara el contenido de las conclusiones del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales), en el capítulo dedicado a la ley aplicable, en el lugar donde correspondiera del comentario

Recomendación 181

28. A raíz de las deliberaciones, un número considerable de delegaciones apoyó el mantenimiento del texto de la recomendación 181 en su forma actual, en vez de trasladar los apartados a) a s) de la recomendación al texto del comentario. Se convino, no obstante, en que se reformulara, en aras de la claridad, el texto de alguno de dichos apartados. Se sugirió, por ejemplo, insertar la frase "que pudieran causar perjuicio a alguna de las partes" al final del texto del apartado g).

Recomendación 182

29. El Grupo de Trabajo convino en que la recomendación 182 era esencial en el marco del capítulo dedicado a la ley aplicable, por lo que aprobó el contenido de su texto, en su enunciado actual.

Recomendación 183

30. Las delegaciones expresaron diversos reparos por el hecho de que figurara en el proyecto de guía la recomendación 183, así como respecto del significado de su texto. Según una de ellas, a título de principio general, los empleados del deudor

que trabajaran en el Estado del foro deberían ser tratados con arreglo al derecho interno de dicho Estado, por lo que debería enmendarse el texto que figura a continuación de las palabras "contratos de trabajo" para que dijera "tal vez queden circunscritos a los empleados del Estado en donde se abra el procedimiento de insolvencia". Otra delegación abogó por la revisión del texto de la recomendación para que dijera que tan sólo ciertos contratos podrían regirse por algún otro régimen o que la recomendación sería únicamente aplicable a los contratos de trabajo que se rigieran por el derecho interno de algún otro Estado que no fuera el de la ley del foro. Se expresó también el reparo de que, en su formulación actual, la recomendación podría dar la impresión de que el Grupo de Trabajo era favorable a que se incluyera dicha excepción en el régimen de la insolvencia, por lo que tal vez fuera preferible que se trasladara el contenido de dicha recomendación al texto del comentario. En cambio, otra delegación dijo que debería mantenerse esa recomendación en el proyecto de guía, dado que su texto era meramente facultativo y que, en algunas regiones del mundo, era frecuente que las empresas tuvieran empleados situados en el territorio de distintos Estados, con contratos de trabajo también distintos. Se observó que, el hecho de no prever esa exclusión de la ley del foro, podría tener repercusiones de orden público en el derecho interno aplicable que podrían ser fuente de incertidumbre e impedir que el procedimiento de insolvencia siguiera su curso normal. Se preguntó si el término "contratos de trabajo" se refería únicamente a los contratos de empleo individual o también a los convenios colectivos de trabajo. Se respondió que en algunos Estados esa expresión incluiría a una y otra modalidad de contrato laboral, mientras que en otros se referiría únicamente a los contratos de empleo personal o individual. Se sugirió que en el comentario se abordara la cuestión del alcance dado a la definición del concepto. Tras deliberar al respecto, prevaleció la opinión de que debía mantenerse la recomendación 183, en su enunciado actual.

31. La propuesta de que se hiciera una excepción más con los derechos reales recibió cierto apoyo, pero tras deliberar al respecto, predominó la opinión de que no procedía prever tal excepción. Algunas delegaciones apoyaron el parecer de que la recomendación 180 ya regulaba en cierta medida la cuestión de los derechos reales, y consideraron que, de ser necesario, cabría agregar algún texto explicativo al comentario. Preocupaba también la posibilidad de que la guía diera la impresión de que propiciaba la proliferación de las excepciones a su régimen.

32. Se propuso que los textos de la sección D se trasladaran al capítulo I de la segunda parte de la Guía.

B. Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, segunda parte (A/CN.9/WG.V/WP.70 - part II)

33. El Grupo de Trabajo decidió iniciar, por la segunda parte, el examen del documento A/CN.9/WG.V/WP.70.

1. Segunda parte. Capítulo I. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia

34. Algunas delegaciones observaron que, dado que en algunos Estados se tenían por actividades "comerciales" aquellas que se emprenden con ánimo de lucro, ese término no podía utilizarse para describir las empresas cuyo objetivo no fuera la

obtención de beneficios, como las empresas de benevolencia o las organizaciones de servicios públicos. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que en la Guía se hiciera referencia a los deudores que llevaran a cabo actividades no "comerciales" sino "económicas". De este modo, las empresas sin ánimo de lucro podrían entrar en el ámbito de la Guía; se señaló que uno de los objetivos fundamentales de la Guía era la formulación de un régimen de la insolvencia que tuviera el máximo grado de aplicabilidad en los países.

35. Se observó que varias de las cuestiones mencionadas en las recomendaciones no se abordaban en los respectivos comentarios, por ejemplo, el recurso a las presunciones de insolvencia mencionado en la recomendación 11 (al que sólo se hacía una referencia de paso en el párrafo 116), y la cuestión de los deudores con derecho a quedar liberados de su obligación de pago, que se mencionaba en la recomendación 20, pero que no se trataba en los párrafos 147 a 149. Se sostuvo que, habida cuenta de que la recomendación 20 hacía referencia a la falta de bienes como motivo para denegar una solicitud de procedimiento, convendría ajustar esa recomendación a los textos de las recomendaciones 14, relativa a la desestimación de una solicitud de apertura, y 21, referente al sobreseimiento de un procedimiento. Se señaló asimismo que si bien en el comentario del proyecto de guía se hablaba de notificar a los acreedores extranjeros la presentación de demandas, no se planteaba concretamente la cuestión de notificar a dichos acreedores la apertura de un procedimiento.

36. Se sugirió que en la Guía se profundizara el análisis y se diera una mayor orientación a los legisladores de los Estados en los que podía transcurrir un largo período entre el momento de la presentación de una solicitud y el de la apertura de un procedimiento de insolvencia; concretamente, se sugirió que se ajustara en consecuencia la duración del período de sospecha para las demandas de impugnación y que se tratara la cuestión de las demandas presentadas por los acreedores durante ese período de espera. Frente a esta sugerencia se argumentó que si bien podía ser útil agregar a la Guía observaciones concretas sobre cómo se regulaban esas cuestiones en los distintos ordenamientos jurídicos, no era preciso que el Grupo de Trabajo formulara recomendaciones sobre ninguna de ellas. Se sugirió asimismo que el Grupo de Trabajo, en el contexto de los párrafos 332 a 335, relativos al período de sospecha, y del capítulo V.A, referente a las demandas de los acreedores, volviera a examinar detenidamente esas cuestiones.

37. Se observó que en la recomendación 145 se abordaba la transformación de procedimientos de reorganización en procedimientos de liquidación, pero no viceversa, y se sugirió que se agregara al proyecto de guía una nueva recomendación, del tenor de la recomendación 7, en la que se indicara que en los regímenes de la insolvencia debería regularse la cuestión de la transformación de un tipo de procedimiento en otro, en uno y otro sentido. Se propuso que se agregaran al párrafo b) de la recomendación 13, después de la palabra "solicitud", las siguientes palabras: ", impugnándola, aceptándola o, cuando se solicite un procedimiento de liquidación, pidiendo que se entable un procedimiento de reorganización". El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de los textos que las delegaciones propusieron agregar a la recomendación 13.

38. Se sugirió que en la nota 12 de pie de página correspondiente al párrafo 106 se hiciera una rectificación consistente en decir que la Junta de Normas Internacionales de Contabilidad no había formulado los Principios de Contabilidad Generalmente

Aceptados (GAAP) sino normas internacionales para la presentación de informes financieros, y que los GAAP habían sido formulados por la *United States Financial Accounting Standards Board*.

39. Frente a la sugerencia de que se insertaran en la Guía recomendaciones concretas para prever la presentación de solicitudes de apertura de procedimientos de insolvencia por parte de autoridades gubernamentales, se recordó que el Grupo de Trabajo ya había decidido no incluir tales recomendaciones en el proyecto de guía. No recibió apoyo la propuesta de que se insertara bajo la recomendación 13 una nota de pie de página en virtud de la cual ese mismo procedimiento pudiera ser aplicable a una autoridad pública que no fuera un acreedor.

2. Segunda parte. Capítulo II. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia

a) Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

40. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en introducir en la recomendación 24 las siguientes enmiendas: en las palabras introductorias, sustituir las palabras "especificar los bienes que constituirían el patrimonio, a saber" por las palabras "especificar que la masa de la insolvencia debería abarcar lo siguiente"; en el apartado a), suprimir las palabras "que sean propiedad del deudor", que figuraban entre corchetes, y, después de las palabras "propiedad de terceros", suprimir el resto del apartado hasta el final. Se sugirió que se ampliara la nota 28 de pie de página referente a esta recomendación con el fin de explicar mejor la utilización del concepto de "bienes", conforme al análisis que se hizo en el período de sesiones conjunto con el Grupo de Trabajo VI (véase el documento A/CN.9/550, párr. 22). Se sostuvo que habría que armonizar el texto de la recomendación 24 con el del glosario.

41. Se convino asimismo en agregar al proyecto de guía una nueva recomendación a la que se incorporara el texto referente al momento de la solicitud de apertura, o al de apertura del procedimiento de insolvencia, que se había suprimido de la recomendación 24. Conforme a esa nueva recomendación, en el régimen de la insolvencia debería especificarse la fecha de constitución de la masa de la insolvencia, ya fuera el momento en que se presentara la solicitud de apertura o la fecha en que diera comienzo efectivamente el procedimiento de insolvencia. Se apoyó también la sugerencia de agregar a la recomendación 25 una remisión al capítulo V.D relativo al derecho aplicable (A/CN.9/WG.V/WP.72).

42. Se señaló que, dado que en muchos ordenamientos no se permitía efectuar ningún pago, con cargo a la masa de la insolvencia, para indemnizar daños o lesiones personales, convendría que en el párrafo 170 se hiciera una remisión al análisis de esta cuestión que figuraba en la nota 25 de pie de página correspondiente al párrafo 157 y que se insertara al respecto, en el párrafo 174, una nota de pie de página. Se indicó también que en algunos Estados se excluían también los fondos recibidos de la masa por concepto de obras públicas.

b) Protección y conservación de la masa de la insolvencia

43. Se apoyó la propuesta de agregar, al final del párrafo 197, una salvedad conforme a la cual el tribunal sólo pudiera ejercer la facultad para otorgar medidas cautelares cuando tuviera pruebas convincentes de que la masa de la insolvencia o los bienes del deudor estaban en peligro.

44. Con respecto a las recomendaciones, se apoyó la propuesta de mantener, en el texto de la recomendación 31, las palabras "previa solicitud urgente" y "con la mayor prontitud" y de suprimir todas las otras variantes que figuraban entre corchetes. Se secundó también la propuesta de suprimir, en la recomendación 38 b) las palabras que figuraban entre corchetes, a fin de tener en cuenta las deliberaciones que se habían mantenido durante el período de sesiones conjunto con el Grupo de Trabajo VI y el acuerdo al que se había llegado (véase A/CN.9/550, párr. 17) sobre la protección del valor. En otra propuesta, se sugirió que, al final de la recomendación 33, se agregaran las palabras "y cuando se desestime la solicitud de apertura", a fin de prever otra situación en que las medidas cautelares pudieran quedar revocadas.

45. Se puso de relieve que el objeto de la recomendación 36, que eran las otras medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia, no se examinaba como tal en el comentario, por lo que se sostuvo la necesidad de revisar el comentario en consecuencia.

c) Utilización y disposición de los bienes

46. Se planteó una serie de cuestiones en torno a las recomendaciones correspondientes a la sección C. Se observó que las palabras "utilización y disposición" se empleaban complementando la palabra "venta", pero que en cambio en las recomendaciones 43 a 47 no se abordaba, además de la venta, ningún otro modo de disposición de los bienes, como la imposición de nuevos gravámenes sobre ellos o su arrendamiento. A fin de englobar en el texto las otras formas de disposición de los bienes, particularmente la imposición sobre ellos de nuevos gravámenes, se propuso que se agregara la siguiente frase: "El régimen de la insolvencia debería especificar que los bienes sobre los que se hayan constituido garantías reales podrán ser objeto de nuevos gravámenes, a reserva de los requisitos enunciados en las recomendaciones 50, 51 y 52". Se explicó que estas últimas recomendaciones abordaban la cuestión de las salvaguardias que había que prever para los acreedores garantizados en caso de que se otorgara crédito financiero a la masa después de la apertura del procedimiento (capítulo II.D) y que también guardaban relación con la cuestión de la imposición de nuevos gravámenes. Esa propuesta recibió apoyo.

47. Se observó asimismo que, si bien la masa de la insolvencia englobaba los derechos del deudor sobre bienes propiedad de terceros (recomendación 24), las recomendaciones sobre la utilización y disposición de los bienes preveían únicamente su aplicación a la utilización y disposición de los "bienes de la masa". Se formuló la pregunta de si esta cuestión se trataba en el capítulo II.E, relativo a los contratos, o de si convenía formular con mayor detalle el capítulo II.C, a fin de garantizar que el deudor pudiera continuar ejerciendo sus derechos sobre los bienes que fueran propiedad de terceros. Se propuso la siguiente recomendación suplementaria:

"El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá utilizar los bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor, siempre y cuando se cumplan, entre otras, las siguientes condiciones:

a) se salvaguarden los intereses de los terceros frente a todo riesgo de que se produzca una merma del valor de sus bienes; y

b) se paguen los gastos previstos en el contrato, que se realicen con miras al cumplimiento del mismo, como gastos de administración del patrimonio."

El Grupo de Trabajo aprobó el texto de esta recomendación suplementaria.

48. Frente a la sugerencia de que sustituyeran las palabras "los bienes de la masa" por "los bienes del deudor" se argumentó que en la sección relativa a la constitución de la masa de la insolvencia se preveía que ciertos bienes del deudor podían quedar excluidos de la masa en caso de tratarse de deudores que fueran personas físicas. Por consiguiente, las palabras "los bienes del deudor" eran demasiado amplias en el contexto de la venta y disposición de bienes.

49. Con respecto a la recomendación 41 se observó que la referencia al derecho de los acreedores a formular objeciones frente a una propuesta de venta no guardaba la menor relación con el título de la recomendación y que, por lo tanto, debería separarse del texto de esa recomendación. Se señaló también que tal vez conviniera modificar el enunciado de la recomendación para que no diera a entender que el hecho de que un acreedor formulara una objeción sería suficiente para impedir la venta. Algunas delegaciones respaldaron la propuesta de que se diera al acreedor la oportunidad de exponer ante el tribunal sus argumentos en relación con la venta propuesta.

50. En relación con la recomendación 42 se sostuvo que las palabras "anunciarse por los medios de difusión" podían implicar un requisito distinto al de la mera notificación y que, por ello, sería conveniente que se empleara de forma coherente la misma terminología, tanto en el comentario como en las observaciones.

51. Se apoyó el texto de la siguiente revisión de las recomendaciones 41 y 42:

Procedimiento para la notificación de los actos de disposición

41) El régimen de la insolvencia debería especificar que todo acto de disposición de los bienes no realizado en el curso ordinario de los negocios deberá notificarse adecuadamente a los acreedores[1], a los que se deberá dar la oportunidad de ser oídos por el tribunal.

42) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda notificación de subasta pública sea dada por algún medio que haga probable que la información llegue al conocimiento de las partes interesadas.

Nota[1] Cuando los bienes sean bienes gravados por una garantía u otro derecho real, será aplicable la recomendación 43).

52. Se observó que, en el proyecto actual, la recomendación 44 parecía repetir el contenido de otras recomendaciones, concretamente el de la recomendación 40 b), por lo que podría suprimirse. A fin de evitar el solapamiento entre esas recomendaciones y de aclarar la aplicación de la recomendación 43, se propuso que el párrafo b) de la recomendación 40 remitiera a las recomendaciones 41 y 43; que

la parte introductoria de la recomendación 43 dijera "El régimen de la insolvencia debería autorizar al representante de la insolvencia a vender bienes que estén gravados por una garantía u otro derecho real, como bienes libres de todo gravamen u otro derecho real ..."; que la recomendación 43 sólo fuera aplicable a las ventas realizadas fuera del curso ordinario de los negocios; y que, a fin de indicar claramente que debían cumplirse los cuatro requisitos, desde el del apartado a) hasta el del apartado d) de la recomendación 43, se agregara la conjunción "y" al final del apartado c), después del punto y coma. Esta propuesta recibió apoyo.

53. Se recordó que en el período de sesiones conjunto celebrado por los Grupos de Trabajo V y VI se examinó la cuestión de la retención de la titularidad (véase A/CN.9/550, párrs. 21 y 22) y que, para dar efecto a las conclusiones a que se llegó, se propuso que se insertara información complementaria en los párrafos 236 y 237, a fin de dejar en claro si la masa de la insolvencia podía seguir utilizando esos bienes.

54. Con respecto al producto en efectivo, se propuso que en el párrafo 238 se hiciera referencia también al producto de la venta que no se obtuviera de forma pecuniaria y que se modificara el enunciado del apartado d) de la recomendación 43 con objeto de que se reconocieran los derechos continuos de prelación cuando se adquirieran bienes pagándolos con el producto de la venta de un bien, como en el caso en que se vendieran las existencias y que, con el producto de dicha venta, se adquirieran nuevas existencias. Se apoyó la propuesta de insertar en el proyecto de guía recomendaciones sobre el producto en efectivo. Se propuso que se revisara la recomendación 40 a) de modo que permitiera la utilización y disposición de los bienes de la masa (incluidos los bienes sujetos a garantías reales) en el curso ordinario de los negocios, con excepción del producto monetario, y que se formulara una recomendación suplementaria del siguiente tenor:

> "El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el acreedor garantizado no estuviera de acuerdo, el tribunal podrá autorizar la utilización del producto en efectivo, siempre y cuando se cumplan, entre otras, las siguientes condiciones:
>
> a) Se dé al acreedor garantizado la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal;
>
> b) Se salvaguarden los intereses del acreedor garantizado de modo que no se vea perjudicado por la pérdida de valor del producto en efectivo."

55. El Grupo de Trabajo aprobó la propuesta relativa a la recomendación 40 a), así como el contenido del texto sugerido para ser incluido en la Guía, como nueva recomendación.

56. Se sugirió además que, en el glosario, se definiera la expresión de "producto en efectivo" con palabras del siguiente tenor: "producto percibido por concepto de la venta de bienes gravados que estén sujetos a una garantía real". El Grupo de Trabajo apoyó la propuesta. Se sugirió que en el comentario se indicara claramente que lo que se estaba examinando no era el producto dimanante de la venta de cualesquiera bienes, sino el producto dimanante de la venta de bienes gravados.

57. Se señaló que, tras los cambios propuestos para la sección relativa al uso y a la disposición de bienes, la recomendación 137 tal vez resulte redundante, pero que habría que reexaminarla en el contexto de la reorganización.

58. Con respecto a la recomendación 48 y al párrafo 234, se propuso que en el comentario se abordara la cuestión de la persona en beneficio de la cual podía renunciarse a los bienes, particularmente tratándose de tierras. Se señaló que tal vez convendría aclarar el concepto de valoración del bien al que se haya renunciado, a fin de poder determinar el valor de toda reclamación conexa presentada por el acreedor.

d) Financiación posterior a la apertura del procedimiento

59. El Grupo de Trabajo reconoció la importancia que tenía el hecho de dar incentivos suficientes para conceder nuevos créditos financieros, y algunas delegaciones propusieron que se complementara el texto de la recomendación 49 con palabras en que se plasmara dicha importancia.

60. Se propuso que la recomendación 52 se formulara en términos permisivos, por ejemplo, diciendo que el régimen de la insolvencia "podrá" regular ese tipo de prelación. Tras un debate, se convino en mantener en el texto la forma verbal "debería". Se observó que, dado que el concepto de "riesgo irrazonable" planteaba dificultades en algunos ordenamientos jurídicos, habría que suprimir, en el apartado c), las palabras ", incluso mediante ... sufrir perjuicios".

61. Se observó cierta incoherencia entre el texto de las recomendaciones y el análisis que figuraba en el comentario sobre la aportación de una garantía real frente a la concesión de un grado de prelación, por lo que se sugirió ajustar ese texto. Se sugirió asimismo que el debate se centrara en el otorgamiento de prelación, pues se trataba de un problema más relevante que el de la concesión de garantías reales.

e) Régimen aplicable a los contratos

62. Respecto de la recomendación 56, se convino en suprimir las palabras de su encabezamiento "al abrirse un procedimiento de insolvencia", para que no pudiera inferirse que excluían del ámbito de aplicación el período que media entre la presentación de la solicitud y la declaración de apertura del procedimiento. Respecto de los apartados a) y b), se sugirió centrar su contenido en el hecho mismo de la insolvencia, y no en la presentación de una solicitud o en la declaración de apertura. Se sugirió además que se insertara, en su encabezamiento, el texto ", o cierto adelanto de dicha extinción,", a continuación de las palabras "se estipule su extinción", insertándose, asimismo, un nuevo apartado c) que dijera "la solicitud de un mandato judicial para la conversión de un procedimiento de liquidación en otro de reorganización". Si bien se expresaron diversos pareceres respecto a la fuerza que convendría dar a la recomendación y sobre si convendría o no sustituir la forma verbal "debería" por "podrá", se convino, tras deliberar al respecto, en mantener el texto como estaba. Se observó que en todo supuesto en que una de la partes cumpliera un contrato tras la apertura de un procedimiento o en que se le requiriera seguir cumpliéndolo toda ventaja reportada a la masa de la insolvencia por dicho cumplimiento debería ser abonable con cargo a la misma, y se observó que dicha cuestión había sido parcialmente abordada en las recomendaciones 65 y 67, cuyo texto convendría reformular en parte.

63. Se sugirió que se suprimiera el texto entre corchetes de la recomendación 62.

64. Respecto de la recomendación 65, se sugirió que tal vez fuera preciso poner en claro si el apartado a) sería aplicable a todo incumplimiento, tanto anterior como posterior a la declaración de apertura, y si el sentido del texto "tenga la capacidad suficiente para cumplir" del párrafo b) es aplicable también a la capacidad para seguir remunerando los servicios prestados. El Grupo de Trabajo examinó un nuevo texto revisado, propuesto para las recomendaciones 65 y 67, redactado en los siguientes términos:

Aceptación del mantenimiento de contratos en caso de insolvencia del deudor

65) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el deudor haya incumplido un contrato, el representante de la insolvencia podrá decidir que se siga cumpliendo dicho contrato, siempre y cuando se subsane el incumplimiento, se restablezca, en lo esencial, la situación económica de la que gozaba, con anterioridad al incumplimiento, la parte que no haya incumplido el contrato, y la masa de la insolvencia esté en condiciones de poder cumplir el contrato mantenido.

Se ha suprimido el apartado b) de la presente recomendación

Cumplimiento de un contrato con anterioridad a decisión de mantenerlo o rechazarlo

66) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá aceptar [o requerir] el cumplimiento, por la otra parte, de un contrato con anterioridad a la decisión de mantenerlo o rechazarlo. Todo crédito nacido a raíz de un acto por el que la otra parte cumpla el contrato, que haya sido aceptado [o requerido] por el representante de la insolvencia, con anterioridad a su decisión definitiva, por la que mantenga o rechace dicho contrato, será abonable a título de gasto realizado en la administración de la masa en los siguientes casos:

a) Si la otra parte ha cumplido el contrato en provecho de la masa, los beneficios reportados a la masa, de conformidad con lo estipulado en el contrato, serán abonables a título de gasto administrativo; y

b) Si el representante de la insolvencia utiliza bienes que sean propiedad de un tercero, pero que obren en manos del deudor a raíz de lo estipulado en algún contrato, dicho tercero será amparado contra toda merma del valor de dichos bienes, y todo beneficio reportado a la masa por la utilización de los mismos será tratado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo a).

67) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando se haya adoptado la decisión de mantener un contrato para darle cumplimiento, toda indemnización por daños imputables a un incumplimiento de dicho contrato será pagadera a título de gasto de administración de la masa.

65. Se sugirió que se antepusiera el párrafo 278 al párrafo 277 actual, bajo el siguiente epígrafe "Cumplimiento anterior a la decisión de mantener o rechazar un contrato", y que se insertara además el siguiente texto al final del texto actual del párrafo 278:

"Cuando el representante de la insolvencia decida que debe darse cumplimiento a un contrato, con anterioridad a la decisión definitiva de

mantenerlo o rechazarlo, el representante de la insolvencia deberá estar facultado para aceptar o requerir, de la otra parte, todo acto de cumplimiento que proceda. Como condición para poder aceptar o requerir dicho cumplimiento, debe estatuirse que todo gasto, contractualmente estipulado, en el marco de dicho cumplimiento, será pagadero a título de gastos de administración de la masa. Si el representante de la insolvencia utiliza bienes que sean propiedad de un tercero, pero que estén en posesión del deudor a raíz de un contrato, dicho tercero deberá ser amparado contra toda merma en el valor de dichos bienes, y los gastos, contractualmente estipulados, que suponga el reportar beneficios a la masa mediante la utilización de dichos bienes, deberán ser pagaderos a título de gastos de administración de la masa".

66. El Grupo de Trabajo aprobó los textos revisados propuestos de las recomendaciones 65 a 67, junto con el comentario propuesto.

67. Se sugirió insertar un nuevo apartado d) en la recomendación 70 que indicara que todo incumplimiento debería ser subsanado con anterioridad a la cesión, como requisito previo de la misma. Se preguntó si la regla propuesta quedaría limitada a todo incumplimiento posterior a la apertura del procedimiento o si sería también aplicable a todo incumplimiento previo a la apertura.

68. Se apoyó la inserción, al final de la recomendación 71, de las siguientes palabras: "y la masa de la insolvencia quedará liberada de toda responsabilidad contraída en virtud de dicho contrato".

f) Procedimiento de impugnación

69. Se cuestionó que el Grupo de Trabajo mantuviera el requisito, enunciado en el apartado a) de la recomendación 73, de que se conociera o determinara cuál fue la intención del deudor al efectuar el acto impugnado, lo que resultaría sumamente difícil de probar. A raíz de las deliberaciones, se convino en centrar dicho párrafo en el efecto observable de la operación impugnada sobre los acreedores y, por consiguiente, que se reformulara el comienzo de dicho párrafo para que dijera "toda operación cuyo efecto consista en impedir, demorar u obstaculizar el cobro de sus créditos por los acreedores", y que se cortara dicho párrafo al final de las palabras "o perjudicar de algún otro modo los intereses de ese acreedor", suprimiéndose, además, el texto final "y la otra parte conozca o debería haber conocido la intención del deudor".

70. Se sugirió también que tal vez se hubiera dejado una laguna en el texto de la recomendación 73 b), ya que no se hacía referencia alguna al supuesto de una donación que fuera catalogable dentro de esta categoría de operación.

71. Se expresó la inquietud de que, pese a que en el comentario de la Guía se examinaran diversos criterios posibles respecto de la duración del período de sospecha, la recomendación 75 no diera una orientación lo bastante clara respecto de la conveniencia de que dicho período fuera breve. Se sugirió, en particular, que las recomendaciones indicaran cierto plazo que, en el supuesto de las operaciones objeto de la recomendación 73 a), pudiera ser de uno a dos años, y respecto de las operaciones consideradas en los apartados b) y c) de dicha recomendación, pudiera ser de seis meses a un año. Si bien algunas delegaciones apoyaron la sugerencia de que se indicaran plazos bien definidos, se convino en general en que lo mejor sería

analizar más detenidamente en el comentario la necesidad de fijar plazos breves y las razones que justificaban la brevedad de los plazos.

72. Se hicieron diversas observaciones respecto de los apartados b) y c) de la recomendación 76. En primer lugar, se estimó que el ámbito de aplicación de dichas reglas no debería quedar limitado a las operaciones con personas allegadas, ya que dichas reglas podrían ser igualmente aplicables a otros supuestos más generales. Conforme a otro parecer, no se hacía una distinción lo bastante clara entre las reglas enunciadas en uno y otro párrafo, pese a que, conforme se indicó, el apartado b) establecía una presunción rebatible, mientras que el apartado c) enunciaba una regla procesal no rebatible. Tras deliberar al respecto, algunas delegaciones propugnaron la supresión del texto de los apartados b) y c) de la recomendación 76, a fin de reformularlos en términos más generales como reglas aplicables para fines probatorios.

73. Se convino en retener la segunda oración de la recomendación 81 del texto, eliminando sus corchetes. Se formuló, no obstante, la pregunta de si dicho texto debería ser aplicable a la totalidad de la recomendación 73, o únicamente al tipo de operación descrito en su apartado a). Según uno de los pareceres expresados, tan sólo cabría excluir de la regla general, de que el período de sospecha fuera aplicable retrospectivamente a partir del momento de la apertura del procedimiento, las operaciones descritas en el apartado a). En sentido contrario, se expresó el parecer de que el problema suscitado por dicha regla respecto de las operaciones ocultas podría plantearse igualmente en todas las operaciones descritas en la recomendación 73. Ambas opiniones recibieron apoyo, pero tras deliberar al respecto se convino en que se suprimiera la referencia explícita al apartado a), a fin de que la excepción enunciada en la recomendación 81 fuera aplicable a todas las operaciones descritas en la recomendación 73. Se sugirió asimismo que su texto hiciera alguna referencia más precisa al plazo para la incoación de un procedimiento de impugnación, señalándose por ejemplo, un plazo de dos años, a fin de evitar que dicho procedimiento fuera entablado muchos años después de la fecha de la operación impugnada. Se convino en que se examinara más en detalle, en el comentario, el plazo aconsejable.

74. Respondiendo a una pregunta sobre el efecto de una operación impugnada, se hizo referencia a lo ya dicho en los párrafos 330 y 331 del comentario y al acuerdo anterior de que no se hiciera recomendación alguna al respecto.

75. Respecto de la recomendación 80, se convino en mantener su texto actual, pero agregándole, a título de principio general, que las costas de todo procedimiento de impugnación fueran abonables con cargo a la masa.

g) Derechos de compensación, contratos financieros y compensación global por saldos netos

76. Se expresó el parecer de que sólo debería reconocerse un derecho general de compensación en supuestos sumamente restrictivos, por lo que obtuvo apoyo el texto actual de la recomendación 85.

77. Respecto de la recomendación 92, se convino en que se retuviera, eliminando los corchetes, la segunda frase de la recomendación, dado que aclaraba el alcance de esa serie de recomendaciones. Se estimó, a ese respecto, que tal vez fuera más apropiado insertar ese texto en la disposición relativa a la finalidad de dichas

recomendaciones, en vez de enunciarlo como recomendación. Esta sugerencia obtuvo cierto apoyo.

78. Se planteó el inconveniente de la incertidumbre a que pudiera dar la indefinición del alcance del concepto de "contrato financiero". Se observó que, en el glosario de la Guía, se había definido la expresión, aunque figuraba entre corchetes. Se observó también que los tipos de contratos a los que sería aplicable el régimen de un contrato financiero eran fácilmente reconocibles para el mundo financiero, y que la necesidad de dejar cierta flexibilidad al respecto había dificultado la tarea de definir dichos contratos.

3. Segunda parte. Capítulo III. Participantes

a) El deudor

79. En respuesta a la inquietud de que la información que hubiera de facilitar un deudor, constituido en persona jurídica, pudiera incluir toda información disponible sobre cualquier posible obligación futura del deudor, se convino, en general, en que dicho supuesto quedaba cubierto por el término "su negocio" de la recomendación 95 b) y por la referencia al suministro de información sobre los diversos tipos de procedimiento que tal vez se hubieran abierto contra el deudor, que se hacía en el apartado ii) del párrafo b) de dicha recomendación. En aras de la claridad, se sugirió reformular el inciso v) del apartado b) en términos como los siguientes: 'de los acreedores y de sus respectivos créditos, en una lista preparada en colaboración con el representante de la insolvencia y que sea revisada o enmendada por el deudor, a medida que se vayan verificando dichos créditos y que se vaya decidiendo si son o no admisibles'. Pese a la inquietud expresada acerca del mantenimiento de la palabra "razonablemente" en el apartado b), se convino en que, a fin de evitar toda solicitud de índole vejatoria o injustificada, especialmente por parte de los acreedores, tal vez resultara útil mantener dicho término.

80. Se convino en que se suprimiera la frase entre corchetes de la recomendación 95 c) y en comenzar dicho párrafo con un texto que dijera "cooperar con el representante de la insolvencia y facilitarle todos los medios ...". Se observó que algunas de las observaciones que figuraban en el párrafo 376 del comentario no eran únicamente aplicables al deudor que estuviera en posesión de la empresa, por lo que deberían suprimirse. A título general, se sugirió que la Guía pusiera en claro, tanto en el comentario como en las recomendaciones, que en todo supuesto en que el régimen de la insolvencia previera la posibilidad de que el deudor siguiera al frente de su negocio, se reconocieran a dicho deudor las mismas facultades y funciones que, en general, se concedían a un representante de la insolvencia. A fin de resolver ese problema, se sugirió insertar una nueva recomendación, a continuación de la recomendación 97, por la que se recomendara que el régimen de la insolvencia reconociera, al deudor en posesión de su negocio, todas las facultades y funciones de un representante de la insolvencia, salvo su derecho a ser remunerado por su labor.

b) El representante de la insolvencia

81. Se tomó nota de una propuesta de que la Guía insistiera en la conveniencia de recurrir a alguna entidad independiente para seleccionar, nombrar y supervisar al representante de la insolvencia, pero dicha sugerencia no fue respaldada por razón

de que muchos países no estaban en condiciones de crear agencias o entidades especializadas en dicha tarea, por lo que se estimó que no era conveniente formular una recomendación al respecto.

82. Se estuvo de acuerdo en que en el párrafo 400 del comentario se indicara claramente que el representante de la insolvencia debía carecer de todo antecedente penal.

83. Se sugirió que la referencia a una eventual responsabilidad en la recomendación 105 resultaba demasiado vaga, por lo que debería redactarse la última frase en términos como los siguientes: "así como todo criterio de responsabilidad que quepa imponer al respecto".

c) Acreedores – participación en el procedimiento de insolvencia

84. El Grupo de Trabajo convino en sustituir, en la recomendación 112, las palabras "(especificar porcentaje) del valor total de" por las palabras "(determinado porcentaje) del valor total de", teniendo en cuenta que este requisito variaba notablemente entre los Estados. También se convino en suprimir, en la recomendación 115, las palabras que figuraban entre corchetes.

85. Si bien la mayoría de las delegaciones estimó que el contenido de las recomendaciones era prácticamente aceptable, se convino en que tal vez sería necesario hacer algunos cambios de redacción en esa sección para dejar claro que, si bien en el comentario debía expresarse claramente que el Grupo de Trabajo prefería que se establecieran comités de acreedores, convenía tomar nota de que existían también otras formas de representación y de consulta de los acreedores, que resultaban muy eficaces en algunos Estados. Se señaló que, en consecuencia, convendría tal vez revisar ligeramente la recomendación 113. Se señaló que los regímenes de la insolvencia que previeran la creación de comités de acreedores deberían asegurarse de que en las disposiciones pertinentes se respetaran los derechos de todos los acreedores. Al examinar la función de los comités de acreedores y de las reuniones de acreedores, se señaló que estas funciones planteaban dos tipos diferentes de problemas. No obstante, se observó que la forma más apropiada de representación de los acreedores en aspectos concretos ya se decidiría en función del objetivo de interacción entre ellos. Por ejemplo, al formularse los requisitos para la votación de un plan de reorganización, se especificaría si para la aprobación era necesario que se reunieran todos los acreedores o sólo un grupo representativo de sus intereses. Las delegaciones estuvieron de acuerdo en general en que, al determinar la representación de los intereses de los acreedores, era preciso tener en cuenta también la necesidad de que los procedimientos se sustanciaran de forma eficaz y en su debido momento.

86. Se apoyó la idea de que en el comentario se abordara el derecho de los acreedores extranjeros a participar plenamente en los procedimientos, haciendo remisión al análisis del principio de la igualdad de tratamiento entre acreedores nacionales y extranjeros que figuraba en el capítulo V.A, relativo al régimen aplicable a los créditos de los acreedores.

d) Derecho de la parte interesada a ser oída y a apelar

87. Con respecto a la sugerencia de agregar a los derechos de los comités de acreedores el derecho a ser oídos, en la recomendación 117 correspondiente a la

sección anterior, se estimó que en el glosario se definía el comité de acreedores como parte interesada y, siendo así, ese derecho de los comités de acreedores ya quedaba comprendido en las recomendaciones 121 y 122.

4. Segunda parte. Capítulo IV. Reorganización

a) El plan de reorganización

88. Si bien las delegaciones se declararon en general satisfechas con los criterios de fondo seguidos al redactar esta sección, se convino en que con ligeros cambios de redacción de los textos de las recomendaciones se daría mayor claridad al análisis de las cuestiones pertinentes, que figuraba en el comentario, y se reforzaría la Guía en general.

89. Se sugirió que en la revisión de las recomendaciones se plasmaran las siguientes propuestas: a) cuando la reorganización afectara a los acreedores garantizados, el régimen de la insolvencia debería prever ciertas salvaguardias para evitar que, al aplicar dicho régimen se tratara a los acreedores de forma discriminatoria; b) cuando un acreedor pudiera quedar obligado por un plan de reorganización aun cuando se opusiera a él, dicho acreedor debería tener el derecho de voto en el procedimiento; c) cuando los acreedores garantizados o los acreedores privilegiados pudieran quedar obligados por un plan, esos acreedores deberían votar por separado, como categoría diferenciada de acreedores, sobre el plan; d) un acreedor perteneciente a una determinada categoría de acreedores debería recibir el mismo trato que los demás acreedores que formaran parte de dicha categoría y, cuando tratando a los acreedores de forma diferenciada pudieran optimizarse las perspectivas de éxito de un plan de organización, deberían establecerse distintas categorías de acreedores no garantizados; e) los acreedores disconformes pertenecientes a una categoría de acreedores que haya aprobado el plan deberían percibir lo mismo que habrían cobrado en un procedimiento de liquidación; y f) todos los acreedores que formen parte de una categoría de acreedores que se haya opuesto al plan deberían percibir, lo mismo que dichos acreedores habrían cobrado en un procedimiento de liquidación, de forma proporcional a los intereses específicos de dicha categoría.

90. Se pidió a la Secretaría que preparara una revisión de las recomendaciones atendiéndose a estas observaciones. El Grupo de Trabajo convino también en que, al revisarse las recomendaciones, se introdujeran los siguientes cambios: a) en la recomendación 128 b) i), mantener el texto, eliminando los corchetes; b) mantener el enunciado de la recomendación 135, pero agregando que su texto guardaba una estrecha relación con la recomendación 145 c); trasladar la recomendación 135, insertándola a continuación de la recomendación 144; c) enmendar los apartados a) y b) de la recomendación 139 a) para que remitan, respectivamente, a las recomendaciones 138 y 140.

91. Se propusieron asimismo otros cambios de redacción, consistentes en: a) incluir a los titulares de capital social entre las partes enumeradas en la recomendación 125 b) que puedan tener derecho a proponer un plan; b) fundir las recomendaciones 126 y 127 en un único texto encabezado por las palabras “Preparación y presentación de una declaración de revelación de datos”; c) al final de la recomendación 128 b) ii), agregar las palabras “y los acuerdos de retención de la titularidad”; d) en la recomendación 129 a), sustituir las palabras “con estados

del" por las palabras "en particular sobre el"; e) agregar un nuevo apartado a la recomendación 129 en virtud del cual deba incluirse en la declaración de revelación de datos toda información suplementaria de carácter no financiero que pueda repercutir en la futura actuación del deudor (por ejemplo, el hecho de disponer de una nueva patente); f) incluir en la recomendación 129 una referencia a la obligación de mantener el carácter confidencial de los datos, conforme a lo establecido en el capítulo III; g) ampliar la recomendación 130, especificando las categorías de acreedores que podrán votar sobre el plan; h) modificar la recomendación 133 especificando que, cuando haya distintas categorías de acreedores, los acreedores deberían votar por categorías; i) enmendar la recomendación 138 b) para dejar claro que ningún acreedor debería resultar particularmente perjudicado en comparación con los demás acreedores pertenecientes a la misma categoría; j) en la recomendación 138 c), después de la palabra "acreedores", insertar las palabras "pertenecientes a una misma categoría"; k) aclarar si en la nota 94 de pie de página correspondiente a la recomendación 138 f) debía entenderse que quienes "accedían" a cobrar una suma inferior podían ser categorías de acreedores o acreedores individuales; l) en la parte introductoria de la recomendación 145, insertar, después de las palabras "procedimiento de liquidación", las palabras "o sobreseer el procedimiento"; m) puntualizar que la transformación de la reorganización en liquidación sería una medida apropiada cuando incumpliera el plan el deudor, pero no cuando el incumplimiento fuera imputable a un tercero; y n) en relación con el párrafo 522, dar al deudor la posibilidad de votar sobre el plan en circunstancias concretamente definidas.

92. Se expresaron diversas opiniones sobre la necesidad de mantener o de suprimir la recomendación 128 c) vi), pero el Grupo de Trabajo no adoptó ninguna decisión al respecto.

93. Algunas delegaciones apoyaron la introducción en el proyecto de guía de una nueva recomendación, basada en el párrafo 539 del comentario, en el sentido de que no debería pedirse al tribunal que analizara los criterios económicos y comerciales de las decisiones adoptadas por los acreedores ni la viabilidad económica de un plan de reorganización. Frente a este argumento se observó que en algunos ordenamientos jurídicos esos análisis eran tareas que normalmente correspondían a los tribunales, y se decidió no introducir en el texto ninguna recomendación al respecto.

b) Procedimiento de reorganización agilizado

94. Se planteó el inconveniente de que la sección dedicada a los procedimientos agilizados no era suficientemente explícita en cuanto a la finalidad de dichos procedimientos ni acerca de la relación de los procedimientos agilizados con los procedimientos de reorganización ordinarios, que se analizaban en la sección A del capítulo IV y en otras partes de la Guía; tampoco se definía suficientemente el alcance de los procedimientos agilizados. Si bien se propuso que se insertara la sección en un anexo del proyecto de guía, predominó la opinión de que esa sección debería seguir formando parte del capítulo IV de la Guía. No obstante, para facilitar la comprensión de este capítulo y de explicar con mayor claridad el propósito y el alcance de los procedimientos agilizados, se propuso que se revisara el comentario

incorporando a su texto información explicativa y ajustándolo más al contenido de las recomendaciones.

95. Con respecto a la recomendación 146 a) se expresaron diversas opiniones sobre los requisitos adecuados para la apertura de tales procedimientos. A juicio de una delegación, para que pudiera entablarse un procedimiento agilizado, no era preciso que el deudor cumpliera los requisitos para iniciar un procedimiento conforme al régimen de la insolvencia, aunque se observó que todo deudor que cumpliera los requisitos para la apertura de un procedimiento de reorganización podía recurrir a un procedimiento agilizado. Según la propuesta de otra delegación, que recibió apoyo, habría que suprimir los textos que figuraban en los dos pares de corchetes, de modo que cuando un deudor no pudiera en modo alguno pagar sus deudas a su vencimiento, tuviera derecho a entablar un procedimiento agilizado. Se convino también en suprimir las palabras que figuraban entre corchetes en el apartado b).

96. Se estimó que, dado que lo dispuesto en el apartado e) de la recomendación 147 ya figuraría en el plan y en la declaración de revelación de datos conforme al apartado a), y en el apartado d), podía, por tanto, suprimirse el apartado e).

97. Con respecto a la recomendación 150, se consideró que el requisito de hacer notificaciones individuales, especialmente cuando debiera notificarse a cada uno de los titulares de capital social o de obligaciones, podía suponer una carga especialmente onerosa, y se convino en que bastaría con comunicar la notificación utilizando los medios ya existentes. Se indicó también que en las otras disposiciones de la Guía relativas a la notificación no se requería dar aviso a los titulares de capital social.

98. Una delegación preguntó cómo podía conciliarse el requisito de confirmación judicial de un plan resultante de un procedimiento agilizado de reorganización, que se enuncia en la recomendación 151, con el carácter facultativo que tiene la confirmación conforme a la sección A del capítulo IV, y se sugirió que esta cuestión se analizara más a fondo en el comentario.

99. Tras un debate, se convino en que, en la recomendación 153, se mantuviera el primer grupo de palabras que figuraban entre corchetes y en que se suprimiera el segundo. Con respecto a las demás palabras que figuraban entre corchetes en las recomendaciones, el Grupo de Trabajo acordó suprimir el texto entre corchetes de la recomendación 147 b); mantener el texto que figuraba entre corchetes en la recomendación 149 b); y mantener asimismo el texto que figuraba entre corchetes en la recomendación 151 b).

5. Segunda parte. Capítulo V. Administración del procedimiento

a) Régimen aplicable a los créditos de los acreedores

100. Se convino en que se revisara la recomendación 154 para que sólo tuvieran que presentar sus demandas los acreedores que desearan participar en el procedimiento. También se propuso que se pudieran presentar las reclamaciones por otros medios.

101. Con respecto a los acreedores garantizados, se propuso que en la recomendación 156 se les requiriera presentar sus demandas y que éstas tuvieran

que presentarse, conforme a las recomendaciones 154 ó 158, en la etapa inicial del procedimiento, con miras a facilitar su sustanciación y su administración. Se sugirió que la recomendación 159 se insertara inmediatamente después de la recomendación 156 o que se fundiera con el texto de la recomendación 154.

102. Se convino en que se suprimiera el texto que figuraba entre corchetes en la recomendación 160 y que en el comentario se explicara la razón por la que debían preverse medidas especiales para hacer frente a situaciones tanto de inestabilidad monetaria como de fluctuaciones cambiarias.

103. Se convino asimismo en mantener las palabras entre corchetes que figuraban en las recomendaciones 163, 166 y 167 y en que las cuestiones que suscitaran las recomendaciones 166 y 167 fueran objeto de revisión en el marco de la recomendación 163. No se apoyó la propuesta de prever el rechazo del grado de prelación asignado a un crédito conforme a la recomendación 168 c). Se señaló que la recomendación 169 debería leerse teniendo a la vista las recomendaciones 162 y 163.

b) Prioridades y distribución

104. Se apoyó la propuesta de sustituir las palabras "a los créditos sin garantías" por las palabras "a las categorías de créditos sin garantías", en la recomendación 172, agregando a continuación las palabras ", de haberlas". Se estimó que la referencia a los créditos subordinados sólo debería comprender la subordinación a raíz de un fallo de un tribunal de *equity* (*common law*), dado que una subordinación contractual podría tener como consecuencia que se asignaran a los créditos distintos grados de prelación, en función de lo estipulado en el acuerdo.

c) Grupos de sociedades mercantiles

105. El Grupo de Trabajo aprobó en general el tenor de las revisiones que se propuso realizar en la sección C y que se exponen a continuación.

> 644. Tres cuestiones que requieren especial atención en un procedimiento de insolvencia que afecte a una empresa perteneciente a un consorcio mercantil son:
>
> a) La posibilidad de que alguna de las otras empresas del grupo deba hacerse cargo de las deudas externas de la empresa insolvente (considerando que todas las deudas son de la empresa insolvente, salvo las que haya contraído con las empresas integrantes del grupo, es decir, las "deudas internas");
>
> b) El régimen aplicable a las deudas internas (los créditos que tengan las empresas del grupo frente a la empresa deudora);
>
> c) La apertura de un procedimiento de insolvencia por una empresa del consorcio mercantil contra otra empresa integrante del grupo.
>
> Enmiéndese la primera oración del párrafo 645 para que diga:
>
> 645. Como reflejo de la complejidad de este tema, los regímenes de la insolvencia han dado, a esas y otras cuestiones, diversas respuestas, que tal vez quepa distinguir por el modo en que la ley permita determinar la identidad jurídica de cada empresa en particular.

Incorpórese como nuevo párrafo, a continuación del párrafo 645, el texto siguiente:

Si bien cabe resolver estas cuestiones sumamente complejas conforme a diversos criterios, es importante que el régimen de la insolvencia defina con suficiente detalle el procedimiento a seguir en todo asunto concerniente a grupos de sociedades mercantiles, para que todo interesado que intervenga en operaciones comerciales con dichos grupos pueda obrar con la seguridad jurídica debida. En vez de reglamentar directamente el procedimiento a seguir en un supuesto de insolvencia que afecte a un grupo de empresas, cabría también definir suficientemente lo relativo a estas empresas en otras partes del régimen de la insolvencia, a fin de que dicho régimen fuera aplicable a los grupos de empresas en particular las disposiciones que rigen cuestiones como la de la impugnabilidad de los actos concertados con otras empresas integrantes del grupo o la subordinación de ciertos créditos adquiridos en el interior del grupo.

106. Se estimó también que podría ser útil agregar a la Sección C una referencia al capítulo relativo al derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia.

6. Conclusión del procedimiento

a) Exoneración

107. Se sugirió que en el comentario se especificara que con la exoneración del deudor no se eximiría de sus responsabilidades a un tercero que hubiera garantizado las obligaciones de aquél.

108. Con respecto a la concesión al deudor de la exoneración del pago de sus deudas, se propuso que en el comentario se hiciera una clara distinción entre el otorgamiento de la exoneración y la imposición al deudor de condiciones que, aun así, limitaran sus posibilidades de salir adelante. Por ejemplo, se señaló que, en virtud de algunas legislaciones, los deudores a quienes se hubiera eximido del pago de sus deudas no podían emprender nuevas actividades comerciales.

b) Conclusión del procedimiento

109. Se apoyó la propuesta de revisar las recomendaciones 186 y 187 agregándoles detalles sobre los trámites que habría que seguir para clausurar los procedimientos, tanto de liquidación como de reorganización. Entre las cuestiones importantes que cabría especificar en esa revisión figuraban la de quién podría solicitar la clausura, la de si podría divulgarse la solicitud de clausura y la decisión de clausurar el procedimiento, así como la de si los acreedores podrían exponer sus argumentos. Se propuso asimismo que en la recomendación 187 se previera la situación en que fracasara la ejecución del plan de reorganización o en que se comprobara que el plan resultaba inejecutable. Se observó que, en tales supuestos, cabría prever también la modificación del plan.

C. Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (primera parte)

110. Se apoyó la propuesta de que se incluyera en el proyecto una serie de recomendaciones sobre los objetivos fundamentales de la Guía y de que algunas otras recomendaciones de carácter general, como las recomendaciones 7 y 179, se insertaran en la primera parte del proyecto de guía. El Grupo de Trabajo convino en que se agregaran al texto del proyecto actual recomendaciones del tenor de las que se indican a continuación.

111. A continuación del párrafo 22 del comentario, insertar la siguiente recomendación (cuyos apartados a) a h) sean reflejo de los objetivos fundamentales enunciados en los párrafos 12 a 22 del documento A/CN.9/WG.V/WP.70, Part I):

> "1) Con miras a establecer y desarrollar un régimen eficiente de la insolvencia será procedente que se tengan en cuenta los siguientes objetivos fundamentales:
>
> a) Dar certeza y seguridad al mercado con miras a promover la estabilidad y el crecimiento de la economía;
>
> b) Maximizar el valor de los bienes de la masa;
>
> c) Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización;
>
> d) Tratar de modo equitativo a todos los acreedores cuyos créditos sean similares;
>
> e) Buscar una resolución rápida, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia;
>
> f) Preservar la masa de la insolvencia, de modo que pueda distribuirse equitativamente entre los acreedores;
>
> g) Formular un régimen de la insolvencia transparente y previsible que incentive debidamente la práctica de reunir y facilitar información;
>
> h) Reconocer todo derecho existente de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación otorgable a los créditos."

112. A continuación del párrafo 27 del comentario, insertar lo siguiente:

> "2) Las recomendaciones de la Guía Legislativa se han formulado atendiendo a cada uno de los objetivos fundamentales en ella enunciados, que se han ponderado para que la Guía constituya un conjunto lo más equilibrado posible de reglas.

113. A continuación del párrafo 30 del comentario, insertar la siguiente recomendación (cuyos apartados a) a n) sean reflejo del contenido del párrafo 28 del documento A/CN.9/WG.V/WP.70, Part I):

> "3) A fin de elaborar un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia, procederá considerar los siguientes rasgos comunes de todo régimen de la insolvencia:

a) La determinación de los supuestos en los que se pueda abrir, frente a un deudor, un procedimiento de insolvencia, determinándose aquellos supuestos que puedan requerir un régimen especial de la insolvencia;

b) La determinación del momento en que se pueda declarar abierto un procedimiento de insolvencia, así como del tipo de procedimiento que deba ser abierto, de la parte habilitada para solicitar la apertura y de los criterios exigibles para la apertura del procedimiento, según cuál sea la parte que la solicite;

c) La posibilidad de autorizar al deudor a seguir ejerciendo el control de su negocio una vez abierto el procedimiento de insolvencia, o de relevarlo de sus funciones de gestión y de nombrar a una parte independiente (que en la presente *Guía* se denomina representante de la insolvencia) para que se encargue de supervisar y gestionar la empresa deudora, y la distinción que debe hacerse a este respecto entre liquidación y reorganización;

d) La protección de los bienes del deudor contra las acciones presentadas por los acreedores, y contra la actuación del propio deudor y del representante de la insolvencia, y cuando las medidas de protección de la masa sean aplicables a los acreedores garantizados, la determinación del modo en que deberá salvaguardarse el valor económico de sus garantías reales durante el procedimiento de insolvencia;

e) Las medidas que podrá adoptar el representante de la insolvencia frente a los contratos celebrados por el deudor antes de la apertura del procedimiento, cuando ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido plenamente sus respectivas obligaciones;

f) La posibilidad de que puedan hacerse valer los derechos de compensación, o de compensación por saldos netos, o de que esos derechos puedan salvaguardarse, pese a la apertura de un procedimiento;

g) El modo en que el representante de la insolvencia podrá utilizar los bienes de la masa de la insolvencia o en que podrá disponer de ellos;

h) La posibilidad de que el representante de la insolvencia pueda impugnar determinados tipos de operaciones que sean contrarias a los intereses de los acreedores;

i) En caso de reorganización, la preparación del plan de reorganización y las eventuales restricciones que se impongan al contenido del plan, así como la determinación de la persona facultada para preparar el plan y los requisitos para su aprobación y ejecución;

j) La clasificación de los acreedores conforme por grados de prelación a efectos de la distribución del producto de la liquidación;

k) La ejecución del plan de reorganización;

l) La distribución del producto de la liquidación;

m) La liberación del deudor o la disolución de su empresa; y

n) La clausura del procedimiento.”

114. El Grupo de Trabajo apoyó con firmeza la propuesta de que se publicara el texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y de su Guía para la incorporación al derecho interno junto con el texto del proyecto de guía legislativa, insistiendo en la necesidad de que los países estudien no sólo la conveniencia de reformar su régimen legal interno de la insolvencia, sino también las nuevas cuestiones suscitadas por los casos de insolvencia transfronteriza. No obstante, dado que los dos textos eran de distinta índole, se estimó que quizá sería conveniente que el texto de la Ley Modelo se adjuntara como anexo de la nueva Guía, a fin de evitar toda confusión entre la manera en que habrán de proceder los Estados para la incorporación de uno u otro texto a su legislación o práctica interna en materia de insolvencia. Se observó que esas cuestiones deberían ser tratadas en la introducción del proyecto de Guía, manteniendo en su texto las remisiones pertinentes al texto de la Ley Modelo o de su Guía para la incorporación al derecho interno. Se sugirió asimismo que la nueva Guía recomendara explícitamente la incorporación al derecho interno del régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI.

115. Se hicieron diversas sugerencias respecto de la estructuración interna de la primera parte de la Guía. Concretamente, se propuso que el texto de la introducción de la primera parte se integrara mejor con el contenido de la segunda parte, insertándose en él las remisiones pertinentes; que se subrayara, en su texto, que la Guía se ha concebido primordialmente para regular la situación de deudores dedicados a alguna actividad económica, y no la de los deudores consumidores; que se ajustara mejor el texto de los párrafos 28 a 30 al de los párrafos 65 a 69; que se insertara un nuevo párrafo introductorio en la sección II de la primera parte en el que se explicaran concretamente los motivos para incluir en la Guía textos concernientes a los procedimientos de índole administrativa; y que se agregara la sección III información sobre la labor que actualmente llevaban a cabo otras organizaciones internacionales para fortalecer la infraestructura institucional. Se observó que convendría aclarar la remisión efectuada, en el párrafo 46, a las directrices del Banco de Inglaterra, y se tomó nota de que la Secretaría tenía previsto revisar los párrafos 58 y 59 en función de las conclusiones a que se había llegado respecto de la sección B del capítulo IV, así como incluir el texto explicativo revisado del procedimiento de reorganización agilizado bajo el epígrafe titulado "Procedimiento de reorganización".

116. En cuanto a la redacción, se pidió a la Secretaría que examinara la conveniencia de que la frase que comenzaba con las palabras "la finalidad general" figurara al final de la última oración del párrafo 12; si procedía o no trasladar la última frase del párrafo 13 al párrafo 14; y si era conveniente insertar palabras relativas a la "preservación del valor de la empresa" en la segunda oración del párrafo 14.

D. Glosario

117. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que reestructurara el glosario para facilitar la comparación de las definiciones entre los distintos idiomas oficiales.

Demanda administrativa/gasto administrativo

118. Se convino en mantener el enunciado actual del concepto suprimiendo, no obstante, el adjetivo "correcto", que califica el ejercicio de las facultades del representante de la insolvencia. Se sugirió también enmendar la definición para hacer referencia a las obligaciones tanto legales como contractuales.

Solicitud de apertura de procedimiento de insolvencia

119. El Grupo de Trabajo convino en suprimir este concepto de glosario.

Disposiciones de impugnación

120. El Grupo de Trabajo examinó la siguiente definición revisada:

> "Disposiciones del régimen de la insolvencia que permiten cancelar o dejar sin efecto las operaciones que se efectúen para traspasar bienes o contraer obligaciones antes del procedimiento de insolvencia y que permiten recuperar los bienes traspasados o el valor que tengan con objeto de defender los intereses colectivos de los acreedores o de la masa de la insolvencia, siempre y cuando tales operaciones cumplan los requisitos especificados en el régimen de la insolvencia."

121. Se convino en adoptar esta revisión suprimiendo, sin embargo, la frase subordinada al final de la definición, que dice "siempre y cuando tales operaciones cumplan los requisitos especificados en el régimen de la insolvencia".

Bienes del deudor

122. Las delegaciones dieron su visto bueno al enunciado de esta definición.

Bienes onerosos

123. Se convino en que se sustituyeran las palabras "por ejemplo, cuando la conservación del bien representa" por las palabras "o cuya conservación pueda representar" y en que se adoptara ese enunciado del texto.

Centro de principales intereses

124. El Grupo de Trabajo aprobó la definición tal como estaba enunciada.

Crédito

125. El Grupo de Trabajo estudió la siguiente propuesta de revisión de la definición:

> "Derecho a cobrar una suma con cargo a la masa de la insolvencia del deudor por concepto de una deuda, de un contrato o de otra obligación legal, liquidada o por liquidar, vencida o por vencer, impugnada o sin impugnar, garantizada o no garantizada, o fija o contingente.
>
> Nota: En algunos ordenamientos jurídicos, cuando lo permite el derecho aplicable, se faculta a los acreedores o se les concede el derecho a percibir el valor de sus créditos con los [activos] [bienes] del deudor."

126. Algunas delegaciones apoyaron esta propuesta, pero por falta de tiempo el Grupo de Trabajo no pudo concluir el examen de la definición del concepto de "crédito".

Apertura del procedimiento

127. El Grupo de Trabajo estudió la siguiente propuesta de revisión de la definición:

> "Hecho que determina la fecha efectiva en que debe abrirse el procedimiento de insolvencia, ya sea en virtud de la ley o de una resolución judicial."

128. Algunas delegaciones apoyaron esta propuesta, pero por falta de tiempo el Grupo de Trabajo no pudo concluir el examen de la definición del concepto de "apertura del procedimiento".

Acreedor

129. El Grupo de Trabajo estudió la propuesta de agregar al glosario la siguiente definición:

> "Toda persona física o jurídica que tenga un crédito frente al deudor, que haya nacido desde el momento en que se haya entablado el procedimiento de insolvencia o con anterioridad a esa fecha"

130. Si bien algunas delegaciones se opusieron a que se agregara al glosario este concepto, se estimó que, dada la estrecha relación que guardaba con "crédito", tal vez habría que volver a examinar esa definición de "acreedor" cuando se apruebe la de "crédito".

Comité de acreedores

131. El Grupo de Trabajo aprobó el texto de la definición, aunque decidió agregar, después de las palabras "Órgano representativo", las palabras "de los acreedores", a fin de dar mayor precisión a la definición.

Deudor

132. Las delegaciones fueron partidarias de que se suprimiera del glosario la definición de "deudor".

Liberación

133. El Grupo de Trabajo adoptó la definición sustituyendo, no obstante, las palabras "de las obligaciones que se le imputaran o que se le hubieran podido imputar" por las palabras "del pago de las deudas que se le exigiera o que se le hubiera podido exigir".

Disposición

134. El Grupo de Trabajo adoptó la definición de este concepto tal como estaba enunciada.

Bien gravado

135. El Grupo de Trabajo adoptó la definición tal como estaba enunciada, pero pidió a la Secretaría que revisara la Guía para uniformizar en todo su texto la utilización de las palabras "otros derechos" (*other interests*), indicando que se trataba de derechos de los que eran titulares terceros, como el de copropiedad, y que eran más amplios que los derechos reales de garantía.

Titular de capital social

136. El Grupo de Trabajo adoptó la siguiente definición de titular de capital social:

> "El titular de acciones emitidas o de títulos similares que le confieran el derecho o reclamar un determinado porcentaje del capital de una sociedad mercantil o de otra empresa."

Establecimiento

137. El Grupo de Trabajo adoptó esta definición, pero decidió que las palabras que figuraban entre corchetes se separaran del texto y figuraran en una nota de pie de página.

Patrimonio o masa de la insolvencia

138. Se convino en suprimir, en la versión inglesa, la remisión a "Insolvency estate" donde dice "Estate".

Contrato financiero

139. El Grupo de Trabajo adoptó la definición tal como venía enunciada, pero decidió que las palabras entre corchetes, que figuraban al final y que remitían a la fuente del texto, se trasladaran de la definición a una nota de pie de página. Se señaló que la definición se había redactado adrede en términos generales y abiertos a fin de darle la flexibilidad necesaria para adaptarse a la rápida evolución de los instrumentos o acuerdos, que todavía darían orientación a los usuarios de la Guía indicándoles con claridad lo que se pretendía que abarcara la definición. Se observó que la orientación sobre el uso del concepto en el proyecto de guía tenía por objeto dar cierta seguridad sobre los aspectos de la cuestión que pudieran excluirse del ámbito de aplicación del régimen ordinario de la insolvencia, con miras a evitar que los mercados financieros estuvieran expuestos a riesgos a nivel de todo el sistema. Se estimó que tal vez convendría que se especificara en la Guía esta finalidad, a fin de que los usuarios fueran plenamente conscientes de lo que se pretendía en el proyecto de guía.

Autoridad gubernamental

140. El Grupo de Trabajo convino en suprimir este concepto del glosario.

Insolvencia

141. Se aprobó la definición de este concepto tal como venía redactada.

Patrimonio o masa de la insolvencia

142. El Grupo de Trabajo convino en abreviar la definición del concepto de modo que dijera lo siguiente: "Bienes del deudor que están sujetos al procedimiento de insolvencia".

Falta de liquidez

143. Se propuso que en el glosario de la Guía se incluyera una definición de la situación de falta de liquidez o de incapacidad para pagar las deudas, dado que era un concepto conocido en muchos países. Tras un debate, se llegó a la conclusión de que ese concepto ya figuraba en la Guía, concretamente en el análisis de los criterios para la apertura de procedimientos de insolvencia y de que, por consiguiente, no era preciso agregar tal definición al glosario.

Procedimiento de insolvencia

144. El Grupo de Trabajo apoyó el texto de la siguiente definición revisada:

> "Procedimiento colectivo, sujeto a supervisión judicial, para la reorganización o la liquidación de una empresa insolvente."

Representante de insolvencia

145. El Grupo de Trabajo convino en adoptar la definición de "representante extranjero" que figuraba en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, aunque introduciendo en ella enmiendas pertinentes, de modo que dijera "La persona o el órgano que se hayan designado incluso a título provisional y que en un procedimiento de insolvencia estén autorizados para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor".

Liquidación

146. El Grupo de Trabajo apoyó el texto de la siguiente definición revisada:

> "Procedimiento consistente en vender los bienes del deudor, o a disponer de ellos, con miras a distribuir la suma resultante entre los acreedores conforme al régimen de la insolvencia."

Lex fori concursus

147. El Grupo de Trabajo convino en agregar al glosario la siguiente definición de este concepto:

> "*Lex fori concursus*": la ley del Estado en que se inicie el procedimiento de insolvencia.

Lex rei situs

148. El Grupo de Trabajo convino en agregar al glosario la siguiente definición de este concepto:

> "*Lex res situs*": la ley del Estado en que esté situado el bien.

Compensación global por saldos netos

149. El Grupo de Trabajo, aunque no pudo llegar a un acuerdo sobre el texto definitivo, adoptó la siguiente propuesta de definición del concepto:

> "La composición global de obligaciones monetarias o no monetarias [mutuas] [entre las partes en] [con arreglo a] contratos financieros."

Acuerdo de compensación global por saldos netos

150. El Grupo de Trabajo aprobó el actual enunciado de la definición sustituyendo, no obstante, las palabras iniciales "Todo acuerdo" por los términos "Toda forma de contrato financiero".

Curso ordinario de los negocios

151. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no pudo examinar la siguiente propuesta de revisión:

> "Operaciones realizadas de forma acorde tanto con i) la manera en que se llevaban los negocios del deudor antes del procedimiento de insolvencia, como con ii) las prácticas ordinarias de gestión."

Pari passu

152. El Grupo de Trabajo estudió la siguiente propuesta de revisión del texto de la definición:

> "Principio conforme al cual se concede a los acreedores que se hallan en situaciones similares un trato basado en el porcentaje de sus respectivos créditos, que les son abonados de forma proporcional al valor de los bienes de la masa que estén disponibles para ser distribuidos entre los acreedores de una misma categoría con idéntico grado de prelación."

153. El Grupo de Trabajo adoptó este texto suprimiendo, no obstante, las palabras "el porcentaje de".

Parte interesada

154. El Grupo de Trabajo convino en que se reformulara del modo siguiente la definición del concepto:

> "Toda parte cuyos derechos, obligaciones o intereses se vean afectados por el procedimiento de insolvencia o por determinados aspectos del mismo, concretamente el deudor, el representante de la insolvencia, un acreedor, un titular de capital social, un comité de acreedores, una autoridad gubernamental o toda otra persona que se vea así afectada. No se pretende que se consideren 'partes interesadas' las personas con intereses remotos o difusos afectadas por el procedimiento de insolvencia."

Crédito posterior a la apertura del procedimiento

155. Se aprobó el enunciado de esta definición.

Preferencia

156. Se presentó al Grupo de Trabajo la siguiente propuesta que no pudo examinarse a fondo:

> "Operación mediante la cual un acreedor obtiene una ventaja o percibe un pago irregular."

Prelación

157. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no pudo examinar a fondo la propuesta presentada que tenía el siguiente tenor:

> "El derecho de toda persona a gozar de prioridad en el cobro, respecto de otra persona, cuando tal derecho emane de la ley."

Crédito prioritario

158. El Grupo de Trabajo acordó mantener este concepto en el glosario suprimiendo, no obstante, las palabras "con cargo a los bienes disponibles".

Reglas de prelación

159. El Grupo de Trabajo propugnó que se suprimiera este concepto del glosario.

Protección del valor de los bienes gravados

160. Si bien algunas delegaciones abogaron por la supresión de este concepto, predominaron las partidarias de mantener las frases primera y cuarta y de suprimir las restantes.

Persona allegada

161. Se propuso que en el texto se especificara el contexto en que una parte podría considerarse "persona allegada" a los efectos del régimen de la insolvencia, concretamente en la anulación de los créditos y en el trato que se les dé, y que en el régimen de la insolvencia se tuvieran en cuenta también las definiciones de "persona allegada" en otras ramas del derecho, como el derecho de sociedades.

162. A continuación figura el texto de una propuesta de enmienda que el Grupo de Trabajo, por falta de tiempo, no pudo examinar. La revisión propuesta dice lo siguiente:

> "Cuando el deudor sea una entidad jurídica, se entenderá por 'persona allegada' i) la persona que ejerza o que haya ejercido algún tipo de control sobre el negocio del deudor, y ii) un pariente, un socio o una sucursal o filial del deudor. Cuando el deudor sea una persona física, se entenderá por 'personal allegada' todo pariente consanguíneo o político del deudor."

163. A continuación figuran los textos de las propuestas de revisión de definiciones que el Grupo de Trabajo, por falta de tiempo, no pudo examinar.

Crédito garantizado

"Crédito respaldado por una garantía real constituida sobre una deuda, que se puede ejecutar. El importe del crédito garantizado deberá corresponder exactamente al valor de la garantía real. Si el valor del crédito supera al del bien gravado, la diferencia entre uno y otro constituirá un crédito no garantizado."

Acreedor garantizado

"Acreedor amparado por una garantía real."

Garantía real

"Derecho o interés jurídico sobre un bien gravado que se haya constituido en garantía para el pago de un crédito. Los derechos reales de garantía, constituidos tanto voluntariamente como por convención, incluyen por lo general, entre otras cosas, las hipotecas, las prendas, los gravámenes (*charges*) y los derechos de retención."

Negociaciones voluntarias de reestructuración

"Negociaciones no sujetas al régimen de la insolvencia en las que generalmente participan el deudor y algunos de sus acreedores, o todos ellos, y a resultas de las cuales dichos acreedores acuerdan modificar sus respectivos créditos."

164. Se propusieron definiciones suplementarias que el Grupo de Trabajo, por falta de tiempo, no pudo examinar. Se convino en mantenerlas entre corchetes, para que las estudiara la Comisión. Esas definiciones se exponen a continuación.

Deudor en posesión

"[Deudor que, en un procedimiento de reorganización, mantiene el pleno control de sus negocios. En tal situación, el tribunal no nombra un representante de la insolvencia.]"

Transferencia fraudulenta

"[Operación realizada por un deudor insolvente o a raíz de la cual pasa a serlo cuando efectúa una transferencia por un valor inferior al real o cuando la realiza con el propósito de burlar a los acreedores, de impedir que cobren sus créditos o de demorar dicho cobro.]"

E. Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 30º período de sesiones

(A/CN.9/WG.V/WP.70 (Primera parte)) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
	Introducción	1-8
	1. Organización y alcance de la *Guía*	1-3
	2. Glosario	4-8
	A. Notas sobre la terminología utilizada en la *Guía*	4-8
	B. Términos y definiciones	
Primera parte		
	Elaboración de los objetivos fundamentales y la estructura de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente	9-79
I.	Introducción	9-30
	A. Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente	11-22
	1. Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos	12
	2. Maximizar el valor de los bienes	13
	3. Hallar un punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización	14
	4. Tratar paritariamente a acreedores en circunstancias similares	15
	5. Establecer la solución de los casos de insolvencia de forma oportuna, eficiente e imparcial	16-17
	6. Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores	18
	7. Propugnar un régimen de la insolvencia que sea transparente y previsible y que contenga incentivos para reunir y suministrar información	19-20
	8. Reconocer los derechos de crédito existentes y establecer reglas claras para la clasificación de los créditos según su prelación	21
	9. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza	22
	B. Equilibrio entre los objetivos fundamentales	23-27
	C. Características generales de un régimen de la insolvencia	28-30

II. Mecanismos para resolver las dificultades financieras del deudor 31-71
A. Negociaciones voluntarias de reestructuración 31-46
1. Requisitos necesarios 34
2. Procesos principales 35-45
a) Apertura de las negociaciones 36
b) Participantes coordinadores-designación de un acreedor con funciones ejecutivas y de un comité directivo 37
c) Acuerdo de suspensión o paralización 38
d) Contratación de asesores 39
e) Asegurar un nivel de liquidez y de corriente de liquidez adecuados 40-41
f) Acceso a información sobre el deudor 42
g) Acuerdos con los acreedores 43-45
3. Reglas y directrices para la reorganización oficiosa 46
B. Procedimientos de insolvencia 47-69
1. Procedimientos de reorganización 51-57
2. Procedimientos agilizados de reorganización 58-60
3. Liquidación 61-64
4. Organización del régimen de la insolvencia 65-69
C. Procesos administrativos 70-71
III. Marco institucional 72-79

Introducción

1. Organización y alcance de la Guía

1. La finalidad de la *Guía* es ayudar a formular un marco jurídico eficaz y eficiente para regular la situación de los deudores con dificultades financieras. La *Guía* se ha concebido como instrumento de referencia al que puedan recurrir las autoridades nacionales y los órganos legislativos al preparar nueva legislación o al plantearse una revisión de las leyes y reglamentaciones existentes. Con el asesoramiento que se ofrece en la *Guía* se pretende, por una parte, abordar la necesidad de resolver con la mayor rapidez y eficiencia posibles las dificultades financieras del deudor y, por otra parte, tener en cuenta los intereses de las diversas partes directamente afectadas por esas dificultades financieras, que son principalmente los acreedores y otras partes que tienen intereses en el negocio del deudor, así como las consideraciones de orden público. En la *Guía* se tratan cuestiones de importancia primordial a la hora de formular un régimen de la

insolvencia eficaz y eficiente que, pese a las numerosas diferencias entre los criterios normativos y legislativos de los países, son reconocidas en muchos ordenamientos jurídicos. La *Guía* se centra en los procedimientos de insolvencia iniciados en virtud del derecho que rige la insolvencia y sustanciados con arreglo a ese derecho, y hace hincapié en la reorganización de las empresas insolventes, pero también analiza la práctica cada vez más extendida e importante de las negociaciones con miras a una reestructuración que pueden entablar voluntariamente el deudor y sus acreedores sin estar sujetos al régimen de la insolvencia. Además de abordar los requisitos de los regímenes nacionales de la insolvencia, la *Guía* contiene el texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y de la *Guía* para su incorporación al derecho interno.

2. La *Guía* no ofrece un único conjunto de soluciones que puedan servir de modelo para regular los aspectos cruciales de todo régimen de la insolvencia eficaz y eficiente, sino que ayuda al lector a evaluar los distintos enfoques posibles y a optar por el que resulte más adecuado en el respectivo ámbito nacional o local. En la primera sección de cada capítulo de la *Guía* figura un comentario en el que se exponen las cuestiones fundamentales a tratar y en el que se examinan y analizan los diversos enfoques adoptados por los regímenes nacionales de la insolvencia. En la segunda parte de cada capítulo figura una serie de recomendaciones de principios legislativos. Estas recomendaciones tienen por objeto ayudar a las autoridades a establecer un marco legislativo para la insolvencia que sea a la vez eficaz y eficiente y que refleje las novedades y las tendencias modernas en materia de insolvencia. Es aconsejable leer las recomendaciones legislativas juntamente con el comentario, en el que se ofrece información de fondo detallada que ayuda a entender las recomendaciones legislativas, así como análisis de cuestiones no tratadas en las recomendaciones. Dada la importancia fundamental que tienen los acreedores amparados por garantías en los procedimientos de insolvencia y los criterios que se tienen en cuenta al regular la situación de dichos acreedores en un régimen de la insolvencia, es también muy aconsejable para el usuario de la presente *Guía* que examine la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas.

3. Las recomendaciones consignadas en la *Guía* tratan de cuestiones clave que es importante abordar en toda legislación que regule específicamente la insolvencia. En las recomendaciones no se abordan otros ámbitos del derecho que, como se señala en toda la *Guía*, repercuten tanto en la formulación de un régimen de la insolvencia como en los procedimientos de insolvencia que se entablen en virtud de dicho régimen. Además, para que un régimen de la insolvencia pueda funcionar eficazmente, es indispensable que, además de establecerse un marco legislativo apropiado, se disponga, en particular, de una infraestructura institucional adecuada, de capacidad de organización, de conocimientos técnicos propios de este ámbito y de recursos humanos y financieros apropiados. Si bien estas cuestiones se analizan en el comentario, no suelen abordarse en las recomendaciones legislativas, salvo en las que se refieren al profesional de la insolvencia a quien se nombra con la función de administrar la masa de la insolvencia.

2. Glosario

A. Notas sobre la terminología utilizada en la Guía

4. El único propósito de las siguientes definiciones es orientar al lector de la *Guía*. Muchos términos, como "acreedor garantizado", "liquidación" y "reorganización", pueden tener significados sustancialmente diferentes en distintos ordenamientos, razón por la cual incluir las definiciones correspondientes en la Guía puede coadyuvar a que los conceptos que en ella se examinan sean comprensibles para todos.

Referencias de la Guía al "tribunal"

5. En la *Guía* se parte del supuesto de que se cuenta con supervisión judicial a lo largo de todo el procedimiento de insolvencia, lo que podría comprender la facultad de abrir un procedimiento de insolvencia, nombrar al representante de la insolvencia, supervisar sus actividades y adoptar decisiones en el curso del procedimiento. Si bien esa intervención puede ser apropiada como principio general, cabe considerar otras opciones, por ejemplo, cuando los tribunales no estén en condiciones de realizar la labor relativa a la insolvencia (ya sea por falta de recursos, o por falta de la experiencia necesaria) o cuando se prefiera que la supervisión esté a cargo de una entidad administrativa (véase la primera parte, capítulo III, Marco institucional). Dado el carácter especializado del proceso y dada la función desempeñada por una entidad facilitadora en el contexto de los procesos administrativos descritos en el capítulo II de la primera parte, no se pretende que dicha entidad deba considerarse un tribunal en el sentido con que se utiliza ese término en la *Guía*.

6. En aras de la sencillez, la *Guía* utiliza la palabra "tribunal" en el mismo sentido en que se emplea en el artículo 2 e) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza para denotar una autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento de insolvencia.

Referencias al "derecho"

7. Salvo indicación en contrario, cuando se mencione en la *Guía* el término "derecho", se entenderá referido al régimen de la insolvencia.

Reglas de interpretación

8. La conjunción "o" no debe interpretarse en sentido excluyente; los términos empleados en singular abarcan también el plural; los términos "incluye(n)" o "incluido" no significan que la enumeración subsiguiente es exhaustiva; el término "podrá" denota una autorización y el término "debería" implica instrucciones; las expresiones "tales como" o "por ejemplo" deben interpretarse en igual sentido que las palabras "incluye" o "incluido".

B. Términos y definiciones

[Acreedor garantizado	Acreedor amparado por una garantía real que abarca todos o una parte de los bienes del deudor o por una garantía real sobre un bien determinado que le otorga prelación frente a otros acreedores con respecto al bien gravado.]
[Acreedor no garantizado	Acreedor que no está amparado por una garantía real o acreedor ordinario que no goza de derechos preferentes.]
[Acuerdo de compensación global	Todo acuerdo entre dos o más partes que prevea una o más de las siguientes operaciones: i) La liquidación neta de los pagos debidos en la misma moneda y en una misma fecha, ya sea por novación o de otra forma; ii) En caso de insolvencia u otro tipo de incumplimiento de una de las partes, la liquidación de todas las operaciones pendientes a su valor de sustitución o a su valor real de mercado y la conversión de esas sumas a una sola moneda y a un único saldo neto mediante su compensación global con un único pago de una de las partes a la otra; o iii) La compensación de los saldos calculados en la forma indicada en el inciso ii) de esta definición que sean adeudados en virtud de dos o más acuerdos de compensación global [Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, artículo 5 l), 2002].]
[Autoridad gubernamental	Estado o subdivisión de un Estado, que comprende un departamento, un organismo, una agencia u otra forma de representación de dicho Estado o de su subdivisión.]
Apertura del procedimiento	Hecho que determina la fecha a partir de la cual rigen los efectos de la insolvencia o la resolución judicial, definitiva o no, de abrir el procedimiento de insolvencia.
Bien gravado	Bien sobre el cual se ha constituido una garantía en beneficio de un acreedor.
[Bienes del deudor	Bienes, derechos o títulos del deudor, incluidos los derechos y títulos sobre bienes, estén o no en posesión del deudor, ya sean corporales o inmateriales, muebles o inmuebles, incluidos los derechos que tenga el deudor sobre bienes amparados por garantías reales o bienes que sean propiedad de terceros.]

Bienes onerosos	Bienes que pueden tener escaso valor o carecer totalmente de valor para el patrimonio de la insolvencia, por ejemplo, cuando la conservación del bien representa una carga al requerir gastos excesivos que excederían del producto de la liquidación del bien o que crearían una obligación o responsabilidad onerosa de pagar dinero.
Centro de principales intereses	Lugar donde el deudor lleva a cabo habitualmente la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser determinado por terceros[1].
Comité de acreedores	Órgano representativo nombrado de conformidad con el régimen de la insolvencia, que posee las facultades consultivas y de otra índole que se especifiquen en dicho régimen de la insolvencia.
[Compensación	Equiparación de un crédito relativo a una suma adeudada a una persona con un crédito perteneciente a la otra parte, relativo a una suma adeudada por la primera persona. Puede invocarse como excepción total o parcial frente a la reclamación de una suma.]
[Compensación global por saldos netos	Puede consistir en la compensación (véase 'compensación') de bienes fungibles no monetarios (como valores o productos de entrega inmediata, lo que se conoce como ajuste de cuentas) o, en su forma más importante, en la cancelación por una parte de contratos en curso con el insolvente seguida de la compensación de pérdidas y ganancias en cualquiera de los dos sentidos (compensación por liquidación).]
[Contrato financiero	Toda operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones, obligaciones, índices u otros instrumentos financieros, toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, así como toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas [Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, artículo 5 k), 2002].]
Crédito	Derecho a reclamar al deudor dinero o bienes, que puede basarse en una deuda o en un contrato o

[1] Reglamento (CE) Núm. 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia, considerando 13.

	corresponder a una obligación liquidada o por liquidar, vencida o por vencer, impugnada o sin impugnar, garantizada o no garantizada, fija o eventual.
[Crédito garantizado	Crédito respaldado por una garantía real constituida en garantía de una deuda que se puede ejecutar en caso de que el deudor no pague la deuda a su vencimiento.]
Crédito posterior a la apertura del procedimiento	Crédito nacido a raíz de un acto o una omisión que se hayan producido después de la apertura del procedimiento.
Créditos preferentes	Pagos u otras operaciones efectuados por una entidad insolvente que colocan al acreedor en una posición mejor de la que habría tenido si no se hubieran hecho dichos pagos o dichas operaciones, en detrimento o en perjuicio del conjunto de acreedores [en circunstancias distintas del giro normal del negocio].
Demanda administrativa/ gasto administrativo	Créditos que incluyen los gastos administrativos del procedimiento, como la remuneración del representante de la insolvencia y de los profesionales empleados por éste, los gastos del mantenimiento en marcha de la empresa del deudor, las deudas que se generen como consecuencia del correcto ejercicio de las facultades y poderes del representante de la insolvencia, los gastos generados por el mantenimiento de obligaciones contractuales y los gastos del procedimiento.
[Demanda prioritaria	Demanda que se abonará con cargo a los bienes disponibles antes de pagar a los acreedores generales no garantizados.]
[Deuda garantizada	[Cuantía global de los créditos garantizados] o [créditos correspondientes a los acreedores garantizados].]
[Deuda no garantizada	Cuantía global de los créditos que no están respaldados por una garantía real.]
Deudor	Persona física o jurídica que participa en una empresa mercantil que puede ser objeto de un procedimiento de insolvencia.
Disposiciones de anulación	Disposiciones que permiten que las operaciones que se efectúen antes del procedimiento de insolvencia se cancelen o se dejen sin efecto por motivos relacionados con la insolvencia y con objeto de defender los intereses colectivos de los acreedores o del patrimonio de la insolvencia.

[Empresa estatal	[*por finalizar*]]
Establecimiento	Todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios [Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, artículo 2 f)].
[Garantía real	Derecho o interés jurídico otorgado con el compromiso de una parte de pagar o cumplir una obligación. Ya sean establecidos voluntariamente por convención o involuntariamente por un proceso legal, los derechos reales de garantía generalmente incluyen las hipotecas, las prendas, los gravámenes (charges) y los privilegios (liens), sin limitarse necesariamente a ellos. Por "valores mobiliarios" se entiende cualesquiera acciones, bonos, obligaciones u otros instrumentos o activos financieros (salvo dinero en efectivo), o cualesquiera intereses en ellos.]
Giro normal del negocio	Las transferencias u operaciones efectuados en consonancia con la manera en que se administraba el negocio antes del procedimiento de insolvencia.
Insolvencia	Situación en que el deudor es por lo general incapaz de pagar sus deudas a su vencimiento o situación en que la cuantía de sus obligaciones sobrepasa el valor de sus bienes.
Liberación	Hecho por el cual un deudor queda liberado de las obligaciones que se le imputaran o que se le hubieran podido imputar en el procedimiento de insolvencia.
Liquidación	Procedimiento consistente en reunir y en convertir en dinero efectivo los bienes del deudor con miras a distribuir la suma resultante de conformidad con el régimen de la insolvencia.
Negociaciones voluntarias de reestructuración	Negociaciones no sujetas al régimen de la insolvencia en las que suelen intervenir el deudor y una parte o la totalidad de sus acreedores.
Pari passu	Principio conforme al cual se concede a los acreedores que se hallan en situaciones similares un trato basado en el porcentaje de sus respectivos créditos, que les son abonados de forma proporcional a los activos del insolvente.

[Parte allegada	Persona que ejerce o ha ejercido algún tipo de control sobre el negocio del deudor, como un director o empleado de una entidad jurídica, un accionista o un socio de esa entidad, un director, empleado o accionista de una entidad jurídica que esté relacionada con la empresa del deudor, y comprende a todo pariente de esa persona; por "pariente", en relación con una persona allegada, se entiende el cónyuge, los padres, los abuelos, los hijos o los hermanos de la persona allegada.]
Parte interesada	El deudor, el representante de la insolvencia, un acreedor, un tenedor de valores bursátiles, un comité de acreedores, una autoridad gubernamental o cualquier otra persona cuyos derechos, obligaciones o intereses se vean afectados por procedimientos de insolvencia[2].
Patrimonio o masa de la insolvencia	Bienes y derechos del deudor controlados o supervisados por el representante de la insolvencia, sujetos al procedimiento de insolvencia.
[Período de sospecha	El período con referencia al cual ciertas operaciones pueden ser objeto de anulación. El período se suele calcular en forma retroactiva a partir de la fecha de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia o de la fecha de tal apertura.]
[Plan de reorganización	Plan para restablecer la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio del deudor. El régimen de la insolvencia puede disponer que diversas partes presenten el plan (el deudor, los acreedores, el representante de la insolvencia) y que el tribunal lo confirme después de su aprobación por el número requerido de acreedores. En el plan pueden abordarse cuestiones como el momento de iniciar el proceso, los compromisos que se contraerán, las condiciones de pago y las garantías que se ofrecerán a los acreedores, las acciones de impugnación que se podrán entablar y el trato que se dará a los contratos pendientes, entre ellos los contratos de trabajo.]
Preferencia	Operación realizada por un deudor insolvente mediante la cual un acreedor obtiene o se beneficia de una parte de los bienes del deudor que es superior a la parte prorrateada que le correspondería.

[2] No se pretende que en esta definición entren las personas con intereses remotos o difusos afectados por el régimen de la insolvencia o por un procedimiento de insolvencia.

[Prelación	Preferencia de que goza el derecho de una persona sobre el derecho de otra; la determinación de esa preferencia dependerá, en su caso, de si se trata de un derecho personal o real, de si constituye o no un derecho de garantía de una deuda u otra obligación y de si se han cumplido los requisitos necesarios para dar eficacia a ese derecho frente al de otra parte reclamante [Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, artículo 5].]
[Prelación absoluta	Prioridad cuyo resultado será que las demandas a las que se refiere la prelación se pagarán antes que las demandas administrativas.]
Procedimiento de insolvencia	Procedimiento colectivo de carácter judicial o administrativo, que se sustancia con miras a la reorganización o a la liquidación de la empresa del deudor conforme al régimen de la insolvencia.
[Protección del valor de los bienes gravados	Medidas encaminadas a preservar el valor económico de una garantía real durante el procedimiento de insolvencia (en algunos regímenes se denomina "protección apropiada"). Esta protección puede revestir particular importancia en supuestos en que el monto del crédito garantizado supere el valor del bien gravado o en los supuestos en que, aun cuando el valor del bien gravado exceda del monto del crédito garantizado, ese valor vaya mermando y resulte insuficiente a la larga para satisfacer el crédito garantizado. La merma del valor puede producirse por la aplicación de la paralización de la ejecución de acciones de los acreedores garantizados o la utilización de los bienes gravados en el procedimiento de insolvencia. La protección puede consistir en pagos en efectivo, el aporte de una garantía distinta o adicional u otro medio que, a juicio del tribunal aporte esa protección necesaria. Cuando el valor del bien gravado sea superior al del crédito garantizado, y no sea probable que disminuya, puede no ser necesaria la protección.]
[Reglas de prelación	Reglas que rigen el orden en que deben satisfacerse los créditos de acreedores y accionistas.]

[Reorganización	Proceso por el cual se restablece la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio de un deudor y se mantiene el negocio en marcha por diversos medios, por ejemplo, la condonación de la deuda, el reescalonamiento del servicio de la deuda, la capitalización de la deuda y la venta de la empresa (o de partes de la empresa) como negocio en marcha.]
Representante de la insolvencia	La persona o el órgano que se encargan de administrar el patrimonio de la insolvencia.
[Retención de la titularidad	Cláusula de un contrato de suministro de bienes en virtud de la cual el proveedor conserva el dominio de los bienes hasta que el precio de compra sea abonado en su totalidad.]
Solicitud de apertura de procedimiento de insolvencia	Solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia que puede ser hecha, entre otras personas o entidades, por el deudor, los acreedores o una autoridad gubernamental.
[Suspensión del procedimiento	Mecanismo que impide la apertura o la continuación de acciones de carácter judicial o administrativo u otro tipo de acción individual referentes a los bienes, los derechos, las obligaciones o las deudas del deudor, incluidos el perfeccionamiento o la ejecución de una garantía real; que paraliza toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia, la resolución de todo contrato en el que el deudor sea parte, y que suspende las transmisiones, los gravámenes u otras formas de enajenación de cualquier bien de la masa de la insolvencia o derecho sobre ella.]
Transferencia o disposición	Todo medio de traspaso o de enajenación total o parcial de un bien o de un derecho sobre un bien.
Venta como negocio en marcha	Venta o traspaso total o sustancial de una empresa, por oposición a la venta por separado de bienes de la empresa.

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

I. Introducción

9. Cuando un deudor se ve en la imposibilidad de pagar sus deudas y cumplir sus obligaciones cuando vencen los plazos, la mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén un mecanismo legal para satisfacer colectivamente las reclamaciones pendientes sobre todos los bienes (corporales o inmateriales) del deudor. Son muchos y muy diversos los intereses que tiene que regular ese mecanismo; en primer lugar, los intereses de las partes, entre ellas el deudor, los propietarios y los directivos de la empresa del deudor, los acreedores que estén respaldados por garantías de diversos grados (incluidas las administraciones tributarias y otros acreedores públicos), los empleados, los garantes de la deuda y los proveedores de bienes y servicios, así como las instituciones y prácticas jurídicas, comerciales y sociales que revistan interés para la elaboración del régimen de la insolvencia, incluido el marco institucional requerido para su funcionamiento. En general, este mecanismo debe compaginar no sólo los distintos intereses de esas partes sino también esos intereses con las consideraciones pertinentes de política social y de otra índole que repercuten en los objetivos económicos y jurídicos de la insolvencia.

10. La mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén reglas sobre diversos tipos de procedimientos (que en la presente *Guía* se denominan genéricamente "procedimientos de insolvencia"), que pueden entablarse para resolver las dificultades financieras de un deudor. Estos procedimientos comparten el mismo objetivo de solución pero se presentan de diversas formas con denominaciones que no siempre coinciden y pueden contener elementos que se pueden calificar de "oficiales" y "oficiosos". Los procesos de insolvencia oficiales son los que se entablan en virtud del régimen de la insolvencia, que rige su sustanciación. Estos procedimientos suelen abarcar tanto los procesos de liquidación como los de reorganización. Los procesos de insolvencia oficiosos no se rigen por el régimen de la insolvencia y se caracterizan por lo general por negociaciones voluntarias entre el deudor y algunos de sus acreedores o todos ellos. A menudo estos tipos de negociaciones han sido fruto de iniciativas de los sectores bancarios y comerciales y suelen prever algún tipo de reorganización para el deudor insolvente. Si bien esas negociaciones voluntarias no están sujetas al régimen de la insolvencia, dependen para su eficacia de la existencia de un régimen de la insolvencia que pueda dar algún incentivo indirecto o ejercer algún tipo de persuasión para fomentar una reorganización (este aspecto se analiza más adelante).

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

11. Si bien los países siguen diversos enfoques, las opiniones coinciden en general en que todo régimen de la insolvencia eficaz y eficiente debe perseguir los objetivos

fundamentales que se enuncian más adelante. Sea cual sea el enfoque del régimen que se adopte para cumplir esos objetivos fundamentales, ese régimen debe complementar y ajustarse a los valores jurídicos y sociales de la sociedad en que se basa y que debe a fin de cuentas sostener. Si bien el régimen de la insolvencia suele constituir un derecho diferenciado, no debería producir resultados que generaran conflictos fundamentales con las premisas en que se basa el derecho general. Cuando el régimen de la insolvencia trata de lograr un resultado que difiere o se aparta fundamentalmente del derecho general (por ejemplo, con respecto al régimen aplicable a los contratos, la anulación de actos precedentes y las operaciones o el tratamiento de los derechos de los acreedores garantizados), es muy conveniente que su resultado sea fruto de un análisis detenido y de una política que vaya deliberadamente en esa dirección.

1. Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos

12. Los regímenes de la insolvencia y las instituciones que los administran son elementos de importancia clave para que los países puedan beneficiarse de la integración de sus sistemas financieros nacionales en el sistema financiero internacional sin sufrir los inconvenientes de tal integración. Esos regímenes y esas instituciones deben promover la reestructuración de las empresas viables y el cierre y el traspaso eficientes de los bienes de los negocios en quiebra, facilitar el suministro de fondos para poner en marcha y reorganizar las empresas, y permitir la evaluación de los riesgos que entrañen los créditos, tanto a nivel nacional como internacional. Los objetivos fundamentales de todo régimen de la insolvencia que se exponen a continuación deberían tratar de lograrse con la finalidad general de crear certeza y seguridad en el mercado y de promover la estabilidad y el crecimiento económicos.

2. Maximizar el valor de los bienes

13. En el procedimiento de insolvencia debe darse a los participantes un fuerte incentivo para obtener de los bienes un valor máximo que incremente la cantidad que podrán cobrar los acreedores en general y que reduzca la carga de la insolvencia. Este objetivo se logra a veces distribuyendo de forma equilibrada los riesgos asignados entre las partes en procedimientos de insolvencia. Por ejemplo, el modo en que se regulan las operaciones previas al procedimiento puede asegurar que los acreedores reciban un trato equitativo y que se incremente el valor de los bienes del deudor, recuperando así más valor en beneficio de todos los acreedores. Al mismo tiempo, el régimen aplicado a esas operaciones puede socavar la previsibilidad de las relaciones contractuales, la cual es de una importancia fundamental para las decisiones de inversión, con lo que los distintos objetivos del régimen de la insolvencia podrían entrar en conflicto. Del mismo modo, debe procurarse por una parte fomentar una liquidación rápida y, por otra, a largo plazo, esforzarse por reorganizar el negocio generando un mayor valor para los acreedores; también debe compaginarse la necesidad de nuevas inversiones para preservar o incrementar el valor de los bienes, con las consecuencias y el costo de esa nueva inversión para las partes interesadas; y compaginar las distintas funciones asignadas a las diversas partes interesadas, en particular la facultad del representante de la insolvencia para ejercer poderes discrecionales, con el grado de supervisión de esos poderes que puedan ejercer los acreedores para salvaguardar el proceso.

3. Hallar un punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización

14. El primer objetivo de la maximización del valor guarda una estrecha relación con el equilibrio que debe establecer el régimen de la insolvencia entre la liquidación y la reorganización. El régimen de la insolvencia debe equilibrar las ventajas que ofrece el cobro a corto plazo de la deuda mediante la liquidación (que con frecuencia es lo que prefieren los acreedores garantizados) con las que entraña el hecho de mantener al deudor como empresa viable mediante la reorganización (que es a menudo lo que prefieren los acreedores no garantizados). Para lograr ese equilibrio pueden hacerse otras consideraciones de política social, como la promoción del desarrollo de la clase empresarial y la protección del empleo. El régimen de la insolvencia debe ofrecer, como variante de la liquidación, la posibilidad de reorganización de la empresa del deudor. En la reorganización, los acreedores no recibirían contra su voluntad menos que en una liquidación y el valor del deudor para la sociedad y para los acreedores aumentaría al máximo al permitírsele que continuase sus actividades. Esto se desprende de la teoría económica fundamental según la cual se puede obtener un mayor valor manteniendo unidos los componentes esenciales de una empresa, y no disgregándolos y disponiendo de ellos por fragmentos. A fin de evitar que los acreedores o el deudor abusen del procedimiento de insolvencia y de garantizar la mejor solución para las dificultades financieras del deudor, el régimen de la insolvencia debería prever asimismo que, cuando conviniera, se pudiera pasar de un tipo de procedimiento al otro.

4. Tratar paritariamente a acreedores en circunstancias similares

15. El concepto del trato equitativo se basa en la premisa de que, en procedimientos colectivos, los acreedores con derechos similares deben tratarse en pie de igualdad y deben percibir sus créditos según el grado de prelación que tengan y las eventuales garantías de que dispongan. Por trato equitativo no se entiende que todos los acreedores deban ser tratados del mismo modo sino de manera que refleje los diferentes acuerdos que puedan haber concertado con el deudor, aunque esa definición pierde pertinencia cuando no hay un contrato específico de deuda con el deudor, como en el caso de los demandantes por daños y perjuicios (por ejemplo, por daños ecológicos). Al variar el concepto de trato equitativo en función de la política social en materia de prelación de los créditos, dando prioridad a los titulares de créditos o de garantías que nazcan, por ejemplo, en virtud de la ley, el principio del trato equitativo conserva su relevancia al asegurar que la prelación concedida a las reclamaciones de una misma categoría afecte de igual modo a todos los miembros de dicha categoría. El criterio del trato equitativo repercute en muchos aspectos del régimen de la insolvencia, concretamente en la aplicación de la paralización o suspensión, en las disposiciones de anulación de actos y operaciones y en la recuperación de valor en beneficio de la masa de la insolvencia, en la clasificación de los créditos, en los procedimientos de votación en la reorganización, y en los mecanismos de distribución. Todo régimen de la insolvencia debería abordar los problemas de fraude y de favoritismo que puedan plantearse en caso de penuria financiera disponiendo, por ejemplo, la anulabilidad de los actos y de las operaciones que se realicen en detrimento del principio del trato equitativo de los acreedores.

5. Establecer la solución de los casos de insolvencia de forma oportuna, eficiente e imparcial

16. Las insolvencias deben abordarse y resolverse de forma ordenada, rápida y eficiente con miras a evitar una perturbación indebida de los negocios y de las actividades del deudor y para reducir al mínimo el costo del procedimiento. Con una administración oportuna y eficiente se contribuirá a la realización del objetivo de maximización del valor de los bienes, mientras que la imparcialidad apoyará el cumplimiento del objetivo de un trato equitativo. Debe estudiarse todo el proceso detenidamente a fin de asegurar la máxima eficiencia sin sacrificar la flexibilidad. Al mismo tiempo, habría que procurar liquidar las empresas inviables e ineficientes y salvar las empresas eficientes y potencialmente viables.

17. El régimen de la insolvencia puede facilitar la solución rápida y ordenada de las dificultades financieras de un deudor si facilita el acceso al procedimiento de insolvencia previendo criterios claros y objetivos, así como medios adecuados para identificar, reunir, conservar y recuperar bienes que deban utilizarse para el pago de las deudas y obligaciones del deudor; si facilita la participación del deudor y de sus acreedores con el mínimo de retraso y gastos que sea posible; si ofrece una estructura apropiada para la supervisión y administración del procedimiento (incluidos los profesionales y las instituciones participantes); y si al final alivia eficazmente las obligaciones y responsabilidades financieras del deudor.

6. Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores

18. Todo régimen de la insolvencia debe preservar la masa de la insolvencia e impedir que los bienes del deudor queden desmembrados prematuramente por acciones individuales de acreedores encaminadas a cobrar sus respectivas deudas. Ese proceder reduce a menudo el valor total del conjunto de bienes disponibles para liquidar todas las demandas contra el deudor y puede impedir la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha. La suspensión de una acción incoada por un acreedor brinda un margen de tranquilidad a los deudores, pues permite un examen adecuado de su situación financiera y facilita tanto la obtención del valor máximo de los bienes como un tratamiento equitativo de los acreedores. Quizá haya que prever algún mecanismo para impedir que los derechos de los acreedores garantizados resulten perjudicados por la suspensión.

7. Propugnar un régimen de la insolvencia que sea transparente y previsible y que contenga incentivos para reunir y suministrar información

19. El régimen de la insolvencia debe ser previsible y transparente. De este modo, los prestamistas y acreedores potenciales podrán comprender de qué forma funciona el procedimiento de insolvencia y podrán evaluar el riesgo que corren como acreedores en caso de insolvencia. Así se promoverá la estabilidad en las relaciones comerciales y se fomentarán los préstamos e inversiones con primas de menor riesgo. La transparencia y la previsibilidad también permitirán a los acreedores aclarar las prioridades, prevenir las controversias previendo un marco de referencia para evaluar los derechos y riesgos relativos, y contribuirán a definir los límites de todo el poder discrecional. Si el régimen de la insolvencia es de aplicación imprevisible, existe el peligro de que todos los participantes no sólo pierdan su confianza en el procedimiento sino que además estén menos dispuestos a otorgar

crédito y a adoptar otras decisiones de inversión. En la medida de lo posible, el régimen de la insolvencia debe indicar claramente toda otra disposición legislativa que pueda afectar la marcha del procedimiento de insolvencia (por ejemplo, la legislación laboral, el derecho mercantil y contractual, el derecho tributario, las leyes que rigen el cambio de divisas, la liquidación y la compensación por saldos netos, el intercambio de deuda por capital social, e incluso el derecho familiar y matrimonial).

20. El régimen de la insolvencia debe velar por que se disponga de información adecuada sobre la situación del deudor, se le ofrezcan incentivos para animarlo a revelar su posición o, cuando proceda, se le impongan sanciones si no lo hace. La obtención de esta información permitirá a los responsables de la administración y supervisión del procedimiento de insolvencia (los tribunales u órganos administrativos, o el representante de la insolvencia) y a los acreedores evaluar la situación financiera del deudor y determinar la solución más apropiada.

8. Reconocer los derechos de crédito existentes y establecer reglas claras para la clasificación de los créditos según su prelación

21. El reconocimiento y la ejecución, en el marco del procedimiento de insolvencia, de los diversos derechos que los acreedores tienen al margen de la insolvencia creará certeza en el mercado y facilitará la obtención de créditos, particularmente con respecto a los derechos y a la prelación de los acreedores garantizados. Es importante que haya normas claras para la determinación del orden de prelación de los créditos ya existentes o posteriores a la apertura del procedimiento para así ofrecer previsibilidad a los prestamistas, para velar por la aplicación coherente de las normas, para lograr que haya confianza en el proceso y para que todos los participantes estén en condiciones de adoptar medidas apropiadas para gestionar los riesgos. Estos grados de prelación deberían basarse, en la medida de lo posible, en acuerdos comerciales, y no reflejar criterios sociales y políticos que podrían alterar el resultado de la insolvencia. Convendría evitar dar prelación a los créditos que no estuvieran basados en acuerdos comerciales.

9. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza

22. A efectos de fomentar la coordinación entre los ordenamientos jurídicos y para facilitar la prestación de asistencia en la administración de un procedimiento de insolvencia que se origine en un país extranjero, las leyes sobre insolvencia deberían regular los casos de insolvencia transfronteriza, incluido el reconocimiento de las actuaciones extranjeras, mediante la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza[3].

[3] Véase el capítulo VII.

B. Equilibrio entre los objetivos fundamentales

23. Dado que un régimen de la insolvencia no puede proteger plenamente los intereses de todas las partes, al elaborarse un régimen sobre la insolvencia deben tenerse presentes dos objetivos fundamentales: definir los objetivos amplios del régimen de la insolvencia (salvar las empresas con dificultades financieras, proteger el empleo, proteger los intereses de los acreedores y fomentar el desarrollo de una clase empresarial) y lograr el equilibrio deseado entre estos objetivos concretos. Los regímenes de la insolvencia logran ese equilibrio redistribuyendo los riesgos de la insolvencia de modo que se ajusten a los objetivos económicos, sociales y políticos de un país. Como tales, los regímenes de la insolvencia pueden tener amplios efectos en toda la economía.

24. El primer objetivo de todo régimen de la insolvencia es establecer un marco de principios que determine la forma en que deberá administrarse el patrimonio del deudor insolvente en beneficio de todas las partes afectadas. La creación de dicho marco y su integración en el proceso jurídico más amplio son de importancia vital para mantener el orden y la estabilidad sociales. Es preciso que todas las partes puedan prever cómo repercutirá en sus derechos la situación en que un deudor se vea imposibilitado para pagar una parte o la totalidad de lo que les adeude. Ello permite tanto a los acreedores como a los inversionistas calcular las repercusiones económicas del incumplimiento por parte del deudor y evaluar de esta forma los riesgos. Estas cuestiones se analizan detalladamente en toda la *Guía*.

25. No existe ninguna solución universal para elaborar un régimen de la insolvencia, ya que las necesidades de los países no coinciden, como tampoco coinciden sus legislaciones sobre otras cuestiones de importancia fundamental para la insolvencia, tales como las garantías reales[4], los derechos reales y contractuales, las vías de recurso y los procedimientos de ejecución. Aunque no haya una solución universal, la mayoría de los regímenes de la insolvencia abordan toda la serie de cuestiones planteadas por los objetivos fundamentales, si bien los grados de reglamentación y los enfoques varían. Algunas legislaciones propugnan más el reconocimiento y la ejecución de los derechos de los acreedores y de los acuerdos comerciales en la insolvencia y otorgan a los acreedores un mayor control de la sustanciación del procedimiento de insolvencia en detrimento del deudor (son los regímenes a veces denominados “favorables para los acreedores”). En cambio, otros regímenes dan al deudor un mayor control del procedimiento (son los regímenes “favorables al deudor”) y otros tratan de encontrar un punto medio. Algunas legislaciones dan mayor relieve a la liquidación del deudor con la finalidad de eliminar del mercado las empresas ineficientes e incompetentes, mientras que otras favorecen la reorganización. Las disposiciones favorables a la reorganización contribuyen, entre otras cosas, a incrementar el valor de los créditos de los acreedores, integrados en una empresa en marcha, dan una segunda oportunidad a los accionistas y a los directivos de la empresa del deudor; ofrecen a los empresarios y directivos de empresas fuertes incentivos para adoptar medidas apropiadas pero

[4] Durante los últimos años se ha venido tratando de armonizar las legislaciones en materia de garantías reales, concretamente con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001), el Convenio del UNIDROIT relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, y el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas que actualmente prepara la CNUDMI.

arriesgadas; o protegen a los grupos vulnerables, como los empleados del deudor, de los efectos de la insolvencia[5]. Algunas leyes hacen especial hincapié en la protección de los empleados y en el mantenimiento de los puestos de trabajo en caso de insolvencia, mientras que otras prevén una reducción del personal, concediendo a los empleados mínimas medidas de protección.

26. Ahora bien, la adopción de un criterio favorable a la reorganización no debería garantizar la salvación de las empresas moribundas; las empresas sin ninguna posibilidad de salir adelante deberían liquidarse con la máxima rapidez y eficiencia. Cuando haya derechos que se consideren de prelación inferior, conviene establecer mecanismos al margen del régimen de la insolvencia que tal vez aporten una mejor solución, en vez de intentar abordar esos derechos en el marco del régimen de la insolvencia. Por ejemplo, cuando se siga el criterio de que en la insolvencia los créditos de los empleados gozarán de una prelación inferior a la de los acreedores garantizados y privilegiados, cabe recurrir a acuerdos de seguros para proteger los derechos de los empleados.

27. Dado que la sociedad está en constante evolución, el régimen de la insolvencia no puede ser estático y debe reevaluarse periódicamente para asegurar que se ajuste a las necesidades sociales del momento. Al observarse cambios sociales deberán tenerse en cuenta, antes de actuar, las prácticas internacionales óptimas que podrán incorporarse a los regímenes nacionales de la insolvencia tomando en consideración las realidades del sistema y los recursos humanos y materiales disponibles.

C. Características generales de un régimen de la insolvencia

28. La elaboración de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente requiere el estudio de diversas cuestiones comunes referentes al marco legal (derechos y obligaciones de las partes, tanto en lo sustantivo como en lo procesal) y al marco institucional necesarios (para aplicar esos derechos y obligaciones). Las cuestiones sustantivas que se examinan en detalle en la segunda parte de la presente *Guía* son, entre otras, las siguientes:

a) La determinación de los deudores que pueden quedar sujetos a procedimientos de insolvencia, inclusive los deudores que puedan requerir un régimen especial de la insolvencia;

b) La determinación del momento en que se puede iniciar el procedimiento de insolvencia y del tipo de procedimiento que se puede entablar, la parte que puede pedir que se abra el procedimiento y la posibilidad de que los criterios de apertura del procedimiento sean diferentes según la parte que la solicite;

---

[5] No hay necesariamente una correlación directa entre los regímenes favorables al deudor o a los acreedores, la importancia dada a la liquidación o a la reorganización y el ulterior éxito o fracaso de la reorganización. Aunque en la presente *Guía* no se pretenda analizar estas cuestiones en detalle, son importantes para formular un régimen de la insolvencia y merecen atención. Si bien el porcentaje de reorganizaciones que prosperan varía considerablemente incluso entre los regímenes considerados favorables a los acreedores, se observa que no es necesariamente cierta la suposición de que los regímenes favorables a los acreedores propician menos las reorganizaciones o contribuyen menos a su éxito que los regímenes favorables al deudor.

c) Hasta qué punto debe permitirse que el deudor mantenga el control de la gestión una vez que comiencen los procedimientos de insolvencia, o si debe quedar apartado de la gestión y debe nombrarse a una parte independiente (que en la presente *Guía* se denomina representante de la insolvencia) para que supervise y gestione la actuación del deudor, y la distinción que debe hacerse a este respecto entre liquidación y reorganización;

d) La protección de los bienes del deudor contra las acciones de los acreedores, del propio deudor y del representante de la insolvencia y la cuestión de si las medidas de protección son aplicables a los acreedores garantizados, así como la forma de proteger el valor económico de sus garantías durante el procedimiento de insolvencia;

e) El modo en que el representante de la insolvencia puede tratar los contratos celebrados por el deudor antes de la apertura del procedimiento respecto de los cuales ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido plenamente sus respectivas obligaciones;

f) La posibilidad de que, al iniciarse el procedimiento de insolvencia, se hagan cumplir los derechos de liquidación o compensación por saldos netos o de que estos derechos sean protegidos, a pesar de la apertura del procedimiento;

g) El modo en que el representante de la insolvencia puede utilizar o disponer de los bienes de la masa de la insolvencia;

h) La posibilidad de que el representante de la insolvencia pueda anular determinados tipos de operaciones que perjudiquen los intereses de los acreedores;

i) En el caso de una reorganización, la preparación del plan de reorganización y las eventuales limitaciones que se impondrán al contenido del plan, el encargado de preparar el plan y los requisitos para su aprobación y ejecución;

j) La clasificación de los acreedores conforme a su grado de prelación a efectos de la distribución del producto de la liquidación;

k) La ejecución del plan de reorganización;

l) La distribución del producto de la liquidación;

m) La liberación o la disolución de la empresa del deudor; y

n) La conclusión del procedimiento.

29. Además de esos aspectos concretos, otra cuestión más general que debe tratarse es la relación del régimen de la insolvencia con otras leyes sustantivas y la cuestión de si el régimen de la insolvencia modificará efectivamente esas leyes. Entre las leyes pertinentes puede figurar la legislación laboral que prevea ciertas salvaguardias para los empleados, las leyes que limiten la liquidación o la compensación por saldos netos, las leyes que limiten las conversiones de la deuda en capital social y las leyes que impongan controles a las operaciones de cambio de divisas y a las de inversiones extranjeras que puedan afectar al contenido de un plan de reorganización (véase “Contratos de trabajo y empleados”, segunda parte, capítulos II.E y V.B; “Liquidación y compensación por saldos netos”, segunda parte, capítulos G y H; y “Contenido del plan de reorganización”, segunda parte, capítulo IV).

30. Si bien en la presente *Guía* no se analiza en detalle el marco institucional, algunas de las cuestiones se abordan más adelante. A pesar de la diversidad de cuestiones sustantivas que deben resolverse, las leyes sobre la insolvencia son de carácter eminentemente procesal. La elaboración de reglas procesales desempeña una función básica a la hora de determinar la asignación de funciones entre los diversos participantes, particularmente en la adopción de decisiones. Como el régimen de la insolvencia atribuye una responsabilidad considerable a la infraestructura institucional para la adopción de decisiones clave, es indispensable que esa infraestructura esté suficientemente desarrollada para poder cumplir las funciones requeridas.

II. Mecanismos para resolver las dificultades financieras del deudor

A. Negociaciones voluntarias de reestructuración

31. Hace algunos años el sector bancario concibió el método de las negociaciones voluntarias de reestructuración al que pudiera recurrirse en sustitución de los procedimientos oficiales de reorganización previstos por el régimen de la insolvencia. Dirigido por bancos y financieros internacionalmente activos e influido por dichos bancos y financieros, este tipo de negociación se ha ido extendiendo gradualmente hasta abarcar un número considerable de ordenamientos jurídicos. El grado de aplicación de estas negociaciones varía de un ordenamiento a otro y mientras que en algunos ordenamientos apenas se utilizan, en otros la mayoría de las reorganizaciones se llevan a cabo recurriendo a tales negociaciones. En cierta medida, esos resultados pueden reflejar la existencia o la ausencia de lo que a veces se ha dado en llamar "cultura del rescate", es decir, el grado en que los participantes consideran que este tipo de negociación puede prosperar independientemente de la ausencia formal de las características que normalmente prevén los regímenes de la insolvencia, como la moratoria.

32. La utilización de las negociaciones voluntarias de reestructuración ha estado limitada generalmente a los casos de dificultades financieras empresariales o a los casos de insolvencia en los que se debe una deuda considerable a bancos y financieros. Las negociaciones tienen la finalidad de llegar a un arreglo contractual entre los propios prestamistas y entre los prestamistas y el deudor con miras a la reorganización de éste, con o sin la reorganización de sus finanzas. De este modo puede introducirse flexibilidad en un régimen de la insolvencia al reducir la carga impuesta a la infraestructura judicial, al facilitar reacciones preventivas más rápidas de los acreedores que en los procedimientos oficiales de insolvencia y al reducir el estigma que a veces trae consigo la insolvencia. Al no invocar las disposiciones del régimen de la insolvencia, para que este tipo de negociaciones pueda prosperar es muy importante contar con un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente y con un marco institucional de apoyo[6] que prevean sanciones que puedan contribuir al éxito de las negociaciones voluntarias. A menos que el deudor y su banco y sus acreedores financieros aprovechen la oportunidad para unirse y entablar voluntariamente tales negociaciones, el deudor o los acreedores pueden invocar el

[6] Véase más adelante, en el capítulo III, el análisis del marco institucional.

régimen de la insolvencia con el inconveniente de que tanto el deudor como los acreedores se puedan ver perjudicados por los retrasos, los costos y los resultados.

33. Si bien no están regulados por el régimen de la insolvencia, muchos ordenamientos jurídicos sí prevén que el deudor pueda concertar acuerdos o arreglos con algunos de sus acreedores, o con todos ellos, que se rijan, por ejemplo, por el derecho contractual, el derecho de sociedades o mercantil y el derecho civil procesal o, en algunos casos, por los reglamentos bancarios pertinentes. Sin embargo, son pocos los ordenamientos que no permiten acuerdos o arreglos para reestructurar la empresa del deudor y su deuda al margen del sistema judicial o del régimen de la insolvencia. Algunos ordenamientos considerarían esas medidas asociadas a tales negociaciones voluntarias de reestructuración suficientes para que los tribunales hicieran una declaración de insolvencia. Del mismo modo, existen ordenamientos en que, al imponer al deudor la obligación de entablar procedimientos oficiales de insolvencia una vez transcurrido un determinado plazo tras la declaración de insolvencia, limitan la sustanciación de negociaciones voluntarias a circunstancias en que no se hayan cumplido los requisitos formales para la apertura de procedimientos. No obstante, se señala que los bancos y otros acreedores de esos ordenamientos utilizan con frecuencia diversas técnicas para lograr alguna forma de reorganización de los deudores.

1. Requisitos necesarios

34. Para ser eficaces, las negociaciones voluntarias de reestructuración deben cumplir una serie de premisas iniciales bien definidas, que pueden ser las siguientes:

a) Un endeudamiento sustancial con una serie de bancos principales o de acreedores de instituciones financieras;

b) La incapacidad actual del deudor para pagar esa deuda;

c) La aceptación del criterio de que puede ser preferible negociar un arreglo entre un deudor y los prestamistas, y también entre los propios prestamistas, para resolver las dificultades financieras del deudor;

d) La utilización de técnicas de refinanciación relativamente complejas, garantías y otras técnicas comerciales a que pueda recurrirse para modificar, reorganizar o reestructurar las deudas del deudor o al propio deudor;

e) La sanción prevista según la cual si el proceso de negociación no puede iniciarse o fracasa, se podrá recurrir rápida y eficazmente al régimen de la insolvencia;

f) La perspectiva de que todas las partes pueden obtener del proceso de negociación un beneficio mayor que si recurren de forma directa e inmediata al régimen de la insolvencia (en parte, porque el resultado está sujeto al control de las partes negociantes y el proceso resulta menos costoso y puede llevarse a cabo con rapidez sin perturbar la marcha del negocio del deudor);

g) El deudor no necesita exoneración de sus deudas comerciales ni los beneficios de la insolvencia formal, como la paralización automática o la capacidad para rechazar deudas onerosas; y

h) Un régimen fiscal favorable o neutral para la reorganización tanto en el Estado del deudor como en los Estados de los acreedores extranjeros.

2. Procesos principales

35. Para ser eficaces, es preciso que las negociaciones voluntarias de reestructuración requieran diversas medidas y técnicas. Los principales elementos del proceso se analizan a continuación.

a) Apertura de las negociaciones

36. Las negociaciones voluntarias consisten esencialmente en reunir al deudor con los acreedores o, al menos, con los principales acreedores, uno o varios de los cuales deben iniciar las negociaciones (pues no hay que contar con la ley ni con un facilitador para entablar o imponer las negociaciones o prestarles asistencia). Es posible que un deudor sea renuente a iniciar un diálogo con acreedores o al menos con todos ellos, mientras que los acreedores, preocupados por su propia situación, pueden no estar interesados en negociaciones colectivas. Es en ese momento cuando se puede recurrir a la disponibilidad y a la eficacia de los recursos de los distintos acreedores o a procedimientos oficiales de insolvencia, a fin de fomentar la apertura de negociaciones y de hacerlas progresar. Si un deudor es renuente a participar, puede ser objeto de acciones individuales sobre su deuda o de acciones de ejecución de su garantía e incluso de procedimientos de insolvencia, que no podrá hacer fracasar ni demorar. Al mismo tiempo, los acreedores pueden encontrarse también sujetos a procedimientos formales de insolvencia que les impidan efectivamente ejecutar sus derechos individuales y que tal vez no representen la vía óptima para cobrar sus créditos. Por consiguiente, es crucial crear un foro en el que puedan reunirse el deudor y los acreedores para estudiar y negociar un arreglo para hacer frente a las dificultades financieras del deudor.

b) Participantes coordinadores - designación de un acreedor con funciones ejecutivas y de un comité directivo

37. En las negociaciones voluntarias deben intervenir todas las partes interesadas de mayor importancia; generalmente, el grupo de los prestamistas y a veces grupos clave de acreedores que puedan verse afectados por un eventual acuerdo de reestructuración revisten una importancia fundamental para las negociaciones. A fin de coordinar las negociaciones, suele designarse un acreedor principal encargado de dirigir, organizar, gestionar y administrar. Este acreedor suele informar a un comité en que están representados todos los acreedores (comité directivo) y puede prestar asistencia y hacerse eco de las propuestas relativas al deudor.

c) Acuerdo de suspensión o paralización

38. A fin de que las empresas puedan seguir funcionando y de que se disponga de tiempo suficiente para obtener y evaluar la información sobre el deudor y de formular y evaluar las propuestas para resolver las dificultades financieras del deudor, puede ser preciso celebrar un acuerdo contractual en virtud del cual se suspendan las acciones adversas incoadas tanto por el deudor como por los principales acreedores. Ese acuerdo debería cumplirse durante un período definido, generalmente breve, a menos que fuera inapropiado en un determinado caso.

d) Contratación de asesores

39. Muy raras veces se emprende una reestructuración voluntaria sin la participación de expertos y asesores independientes de diversas disciplinas (por ejemplo, profesionales del derecho, de la contabilidad, de las finanzas y de la reglamentación de los negocios y de la comercialización). Si bien cabe observar que esta participación originará gastos innecesarios y una injerencia en los asuntos del deudor y de los acreedores, así como una pérdida de control, es generalmente necesario asegurar el suministro de información, verificada por fuentes independientes, así como la obtención de planes formulados profesionalmente para la refinanciación, reestructuración, gestión y funcionamiento, que son requisitos esenciales para que prosperen esas negociaciones.

e) Asegurar un nivel de liquidez y de corriente de liquidez adecuados

40. El deudor que pueda ser objeto de negociaciones voluntarias de reestructuración requerirá a menudo un acceso continuo a las líneas de crédito establecidas o la provisión de nuevos créditos. La concesión de créditos por los acreedores garantizados tal vez no resulte un problema. Pero cuando no sea posible y se requiera un nuevo crédito, pueden surgir dificultades a la hora de garantizar el reembolso final del nuevo crédito en caso de que fracasen las negociaciones. Si bien esta cuestión se puede abordar en el régimen de la insolvencia previendo algún tipo de prelación para este nuevo crédito continuo (véase la segunda parte, capítulo II.D), la ley generalmente no se hará extensiva a un acuerdo concertado en el marco de negociaciones voluntarias.

41. No obstante, los acreedores que participen en negociaciones voluntarias pueden acordar entre ellos que si uno o varios de estos acreedores otorga más crédito, los demás acreedores subordinarán sus demandas para que pueda reembolsarse el nuevo crédito antes que sus propios créditos. Así pues, entre esos acreedores existirá un acuerdo contractual para el reembolso del nuevo dinero prestado cuando las negociaciones de reestructuración prosperen. En cambio, si las negociaciones fracasan, y se liquida la empresa del deudor, el acreedor que haya otorgado un nuevo crédito podrá encontrarse con un crédito no garantizado (a menos que disponga de una garantía) y percibir sólo un pago parcial junto con los demás acreedores no garantizados.

f) Acceso a información sobre el deudor

42. Es indispensable disponer de acceso a información cabal y exacta sobre el deudor para poder efectuar una evaluación adecuada de la posición financiera del deudor y de toda propuesta que se presente a acreedores pertinentes. Será preciso poner en conocimiento de todos los acreedores pertinentes información relativa al activo, al pasivo y a los negocios del deudor, y esa información deberá considerarse confidencial, a menos que ya sea del dominio público.

g) Acuerdos con los acreedores

43. La complejidad de los intereses de los acreedores plantea a menudo problemas críticos en negociaciones voluntarias. Teniendo en cuenta esos diversos intereses, sólo podrá convencerse a los acreedores que ya hayan empezado a cobrar o a ejecutar su deuda frente al deudor de que deben participar en esas negociaciones si

éstas pueden permitirles obtener mejores resultados o si, ante la amenaza de procedimientos formales de insolvencia, los acreedores renuncian a llevar adelante sus demandas individuales.

44. Sin embargo, en muchos casos no será posible (ni tampoco necesario) contar con la participación de cada acreedor en las negociaciones, ya sea por su gran número o por la diversidad de sus intereses o porque sería ineficiente colaborar con acreedores a quienes se adeudaran sólo pequeñas sumas y que no contaran con la experiencia y los conocimientos comerciales o la voluntad necesarios para una participación eficaz. Si bien los acreedores que entran en esas categorías quedan a menudo al margen de las negociaciones, no puede dejárseles de lado, ya que pueden ser importantes para mantener la empresa en funcionamiento (como proveedores de bienes o servicios esenciales o como partes esenciales del proceso de producción del deudor), y no existe ninguna regla que obligue a dichos acreedores a aceptar la decisión de sus colegas mayoritarios.

45. A veces ocurre que en un acuerdo voluntario de reestructuración, los acreedores comerciales y los pequeños acreedores cobran íntegramente sus créditos. Si bien esto puede parecer un trato desigual, puede tener cierta lógica comercial para un grupo de acreedores importantes. Otra opción consiste en conseguir que los acreedores principales den su visto bueno a un plan de reestructuración y lo utilicen posteriormente como base para un proceso formal de reorganización con supervisión judicial en que participen otros acreedores (lo cual se denomina a veces plan "preorganizado" y en la presente *Guía* figura como procedimiento agilizado de reorganización -véase la segunda parte, capítulo IV.B). Este plan puede entonces vincular a los demás acreedores. En tales circunstancias, no podría lograrse ese resultado si no se contara con un régimen de la insolvencia formal y eficaz.

3. Reglas y directrices para la reorganización oficiosa

46. Para contribuir a la realización de las negociaciones voluntarias de reestructuración, y en particular para abordar los problemas señalados más arriba en el contexto de empresas complejas multinacionales, varias organizaciones han formulado principios y directrices no vinculantes. Uno de esos principios es el denominado "enfoque de Londres", que se basa en directrices no vinculantes comunicadas por el Banco de Inglaterra a los bancos comerciales. En ellas se insta a los bancos a que adopten una actitud positiva respecto de sus deudores que se hallen en dificultades financieras. Las decisiones acerca del futuro a largo plazo del deudor deben adoptarse únicamente sobre la base de una información muy completa, que compartirán todos los bancos y otras partes interesadas que participen en un acuerdo sobre el futuro del deudor. La financiación provisional se obtendrá mediante un acuerdo de suspensión y subordinación, y los bancos trabajarán junto con los demás acreedores a fin de aunar criterios sobre la concesión de una ayuda financiera a la entidad deudora y sobre las condiciones en que dicha ayuda se debe conceder. Los bancos centrales de otros países han adoptado directrices similares. Una organización que ha emprendido una labor en ese campo es la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL), que ha formulado los *Principles for a global approach to multi creditor workouts*. Estos Principios están concebidos para agilizar las negociaciones voluntarias de reestructuración e incrementar las perspectivas de éxito ofreciendo orientación a

diversos grupos de acreedores sobre cómo deben actuar en función de algunas reglas comunes convenidas.

B. Procedimientos de insolvencia

47. La mayoría de los regímenes de la insolvencia prevén dos tipos principales de procedimientos: el de reorganización y el de liquidación.

48. La división o distinción tradicional entre estos dos tipos de procedimientos puede resultar algo artificial y crear innecesariamente polarización e inflexibilidad. En esa definición no entran, por ejemplo, los casos difíciles de clasificar, a saber, aquellos en que con un criterio flexible ante la situación financiera del deudor se puede lograr un resultado óptimo tanto para el deudor como para los acreedores en lo que se refiere a la maximización del valor de la masa de la insolvencia. Por ejemplo, a veces se utiliza el término "reorganización" para designar una forma particular de mantener e incluso incrementar el valor del patrimonio de la insolvencia en el contexto de procedimientos de liquidación, como en los casos en que la ley prevé que se lleve a cabo una liquidación transfiriendo la empresa como negocio en marcha a otra entidad. En tal situación, el término "reorganización" designa tan sólo una técnica distinta de la liquidación tradicional (es decir, la que consiste en vender los bienes directamente y por partes o en convertirlos en dinero) a la que se recurre para obtener el mayor valor posible de la masa de la insolvencia. Para lograr esa venta o conversión en efectivo, el régimen de la insolvencia puede tener que prever un elemento de flexibilidad que generalmente no contemplan los regímenes que definen la liquidación como la venta de los bienes a la mayor brevedad y que sólo permiten que una empresa insolvente siga funcionando con esta finalidad concreta. Algunos regímenes, por ejemplo, facultan al representante de la insolvencia para efectuar una venta o una conversión en efectivo de los bienes del deudor que resulten más provechosas que en el marco de una simple liquidación. Del mismo modo, la reorganización puede requerir la venta de partes sustanciales de la empresa del deudor o prever al final del proceso la liquidación o la venta del negocio a una nueva empresa y la disolución de la empresa del deudor.

49. Por estas razones, es conveniente que el régimen de la insolvencia prevea una elección no limitada a dos opciones: un único proceso de reorganización definido muy específicamente y la liquidación tradicional en su sentido estricto. Dado que en el concepto de reorganización pueden entrar muy diversos acuerdos, es conveniente que el régimen de la insolvencia no prevea un enfoque prescriptivo y apoye acuerdos que puedan aportar a los acreedores un valor superior al que obtendrían si se liquidara la empresa del deudor.

50. Al examinar las disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de insolvencia, la presente *Guía* se centra en los procedimientos de reorganización, por una parte, y en los procedimientos de liquidación, por otra. Ahora bien, con este enfoque no se pretende indicar una preferencia por tipos particulares de procedimientos ni una preferencia por la forma en que los diferentes procedimientos deben integrarse en la legislación sobre la insolvencia. La *Guía* procura más bien comparar y contrastar los elementos fundamentales de los diferentes tipos de procedimientos y promover un enfoque que propicie la obtención de resultados óptimos por las partes que intervienen en una insolvencia, en vez de definir con

criterios estrictos los tipos de procedimientos. Para ello cabría formular un régimen al que se incorporaran los elementos formales tradicionales de modo que promovieran la máxima flexibilidad.

1. Procedimientos de reorganización

51. Uno de los medios para resolver las dificultades financieras del deudor es el procedimiento de reorganización, cuya finalidad es salvar la empresa o, por lo menos, el negocio. Este proceso puede revestir diversas formas y puede ser más variado que la liquidación en lo que respecta a su concepción, aceptación y aplicación. En aras de la simplicidad, en la *Guía* se utiliza el término "reorganización" en sentido amplio para abarcar el tipo de procedimientos cuya finalidad básica sea la de permitir al deudor superar sus dificultades financieras y reanudar o continuar el funcionamiento de sus operaciones comerciales normales (aun cuando en algunos casos pueda incluir la reducción de la capacidad de la empresa, su venta como negocio en marcha a otra empresa o, al final, su liquidación).

52. No todos los deudores que empiecen a fallar o a experimentar graves dificultades financieras en un mercado competitivo deberían necesariamente estar sujetos a una liquidación; si un deudor tiene perspectivas razonables de salir adelante (por ejemplo, si tiene un negocio potencialmente rentable) debería gozar de una oportunidad, si se demuestra que manteniendo el negocio esencial y manteniendo unidos otros componentes del negocio del deudor puede obtenerse un mayor valor (y, en consecuencia, un mayor beneficio para los acreedores a largo plazo). Los procedimientos de reorganización están concebidos para dar al deudor un período en que esté libre de acosos y en que se pueda recuperar de las dificultades temporales de liquidez o de su excesivo endeudamiento permanente y, cuando sea necesario, darle la oportunidad de reestructurar sus operaciones y sus relaciones con los acreedores. Cuando sea posible la reorganización, los acreedores preferirán normalmente ese procedimiento si el mantenimiento de la empresa en funcionamiento puede incrementar el valor de sus créditos frente al deudor. Sin embargo, la reorganización no implica que todas las partes interesadas deban estar plenamente protegidas o que deban volver a la situación financiera o comercial en que estarían de no haberse producido la insolvencia. La reorganización tampoco implica que el deudor quedará totalmente restablecido y que sus acreedores cobrarán íntegramente sus créditos, o que la propiedad o la gestión por parte de un deudor insolvente mantendrá y preservará sus respectivas posiciones. Los directivos pueden ser destituidos y sustituidos, el valor de las acciones puede reducirse a la nada, la plantilla de empleados puede reducirse y puede desaparecer una fuente para los proveedores en el mercado. No obstante, en general la reorganización sí implica que sea cual sea la forma del plan o del arreglo que se convenga, los acreedores percibirán al final más de lo que habrían cobrado en caso de liquidación del deudor.

53. Entre otros factores a favor del procedimiento de reorganización cabe destacar que la economía moderna ha reducido considerablemente el grado en que puede elevarse al máximo el valor de los bienes de un deudor mediante la liquidación. En los casos en que los conocimientos técnicos y la buena voluntad sean más importantes que los bienes materiales, la preservación de los recursos humanos y de las relaciones de negocios son elementos esenciales de valores que no se pueden materializar mediante una liquidación. Además, es más probable conseguir

beneficios económicos a largo plazo mediante procedimientos de reorganización, ya que en dichos procedimientos se anima a los deudores a adoptar medidas antes de que se agraven sus dificultades financieras. Por último, hay consideraciones sociales y políticas a tener en cuenta, pues los procedimientos de reorganización, por ejemplo, protegerán a los empleados de un deudor en dificultades.

54. La reorganización puede revestir diversas formas. Puede incluir, por ejemplo, un simple acuerdo en materia de deudas (que se puede calificar de convenio) en el que, por ejemplo, los acreedores convengan en recibir un porcentaje determinado de lo que se les deba a título de liquidación plena, completa y final de sus demandas contra el deudor. De esta manera, las deudas quedan reducidas y el deudor recupera la solvencia y puede seguir funcionando. También puede incluir una reorganización compleja conforme a la cual, por ejemplo, se reestructuren las deudas (por ejemplo, prorrogando el plazo del préstamo y el período durante el cual deban efectuarse los pagos, aplazando el pago de los intereses o modificando la identidad de los prestamistas); algunos créditos pueden convertirse en participaciones en el capital social junto con una reducción (o incluso eliminación) del capital social existente; pueden venderse los bienes que no sean básicos: y puede ponerse término a las actividades mercantiles que no sean rentables. El tipo de reorganización al que se recurra depende habitualmente del volumen de los negocios y del grado de complejidad de la situación específica del deudor.

55. Si bien la reorganización no está tan difundida como la liquidación en los regímenes de la insolvencia y, por consiguiente, no presenta siempre las mismas características, cabe enumerar una serie de elementos clave o esenciales del proceso, que son los siguientes:

a) La sumisión del deudor al procedimiento (ya sea a petición propia o a instancia de los acreedores), lo cual puede entrañar o no un control o una supervisión judicial;

b) La paralización automática y obligatoria de todas las acciones y de todos los procedimientos contra bienes del deudor, respecto de todos los acreedores durante un período limitado;

c) La continuación de la actividad comercial del deudor a cargo de la dirección existente o de un director independiente o con una combinación de ambas opciones;

d) La formulación de un plan en que se prevé el tratamiento que se dará a los acreedores, a los accionistas y al propio deudor;

e) El examen del plan por parte de los acreedores y una votación de éstos sobre su aceptación;

f) Posiblemente, la aprobación o confirmación judicial del plan aceptado; y

g) La ejecución del plan.

56. Cada vez se aceptan más los beneficios de la reorganización y en muchos regímenes de la insolvencia se prevén disposiciones sobre procedimientos oficiales de reorganización. El grado de confianza en los procedimientos oficiales de reorganización, frente a algún tipo de negociación voluntaria, para lograr los objetivos de la reorganización varía entre los países. En cualquier caso, se reconoce por lo general que el hecho de que un régimen de la insolvencia prevea la

liquidación puede facilitar la reorganización de un deudor, dando un incentivo tanto a los acreedores como a los deudores para llegar a un acuerdo apropiado mediante un plan de reorganización.

57. Ahora bien, existe a menudo una correlación entre el grado de dificultad financiera que experimenta el deudor, la complejidad de sus arreglos comerciales y la dificultad que presente la solución apropiada. Cuando, por ejemplo, sólo existan problemas con un banco, es probable que el deudor pueda negociar a título informal, con ese banco, un acuerdo voluntario de reestructuración y resolver sus dificultades sin requerir la intervención de los acreedores comerciales y sin necesidad de entablar procedimientos regulados por el régimen de la insolvencia. Cuando la situación financiera sea más compleja y exija la participación de un gran número y de una gran diversidad de tipos de acreedores, quizá se precise un grado mayor de formalidad para encontrar una solución que tenga en cuenta los intereses y objetivos dispares de esos acreedores, ya que las negociaciones voluntarias de reestructuración requieren la unanimidad de los participantes. Los procedimientos de reorganización pueden ayudar a conseguir el objetivo deseado cuando esos procedimientos permitan al deudor y a la mayoría de los acreedores imponer un plan a la minoría de acreedores disconformes, especialmente cuando haya acreedores que se resistan a participar en las negociaciones extrajudiciales. En algunos casos, los procedimientos entablados en virtud del régimen de la insolvencia funcionan bien, precisamente porque están sujetos a ese régimen, mientras que en otros casos las negociaciones voluntarias prosperan por no estar reguladas.

2. Procedimientos agilizados de reorganización

58. Algunos países han adoptado lo que cabe definir como procedimientos de "preinsolvencia" o procedimientos "preorganizados" (denominados en la *Guía* "procedimientos agilizados de reorganización"). Se trata de una combinación de negociaciones voluntarias de reestructuración y de procedimientos de reorganización previstos en el régimen de la insolvencia. En un régimen de la insolvencia, por ejemplo, se permite la apertura de un procedimiento con el fin de obtener la aprobación judicial formal de un plan de reorganización negociado voluntariamente y aprobado por los acreedores mediante una votación previa a la apertura del procedimiento. Estos procesos están encaminados a minimizar el costo y los retrasos inherentes a los procedimientos oficiales de reorganización y a ofrecer un medio por el cual un plan de reorganización negociado voluntariamente pueda ser aprobado sin un apoyo unánime de los acreedores. Ese proceso permite que la aprobación del plan de reestructuración resultante de negociaciones voluntarias sirva para concertar una reorganización que vinculará a todos los acreedores, ofreciendo al mismo tiempo el amparo del régimen de la insolvencia a los acreedores afectados.

59. Otra ley de la insolvencia dispone que, a fin de facilitar la concertación de un arreglo amistoso con sus acreedores, un deudor puede pedir al tribunal que nombre a un "conciliador". El conciliador no posee facultades concretas, pero puede pedir al tribunal que imponga una suspensión de la ejecución contra todos los acreedores si, a su entender, la suspensión facilitaría la concertación de un acuerdo de transacción. Durante la suspensión, el deudor no puede efectuar ningún pago para atender reclamaciones anteriores (excepto en el caso de los sueldos) ni disponer de ningún bien salvo si lo hace en el giro normal de los negocios. El procedimiento finaliza

cuando se llega a un acuerdo con todos los acreedores o (previa aprobación del tribunal) con los acreedores principales; en este último caso, el tribunal puede prorrogar la suspensión contra los acreedores no participantes en el acuerdo mediante el reconocimiento de un período de espera de hasta dos años para el deudor.

60. Estos tipos de procedimientos se analizan con mayor detalle en el capítulo IV.B de la segunda parte.

3. Liquidación

61. El tipo de procedimientos denominados de "liquidación" se regula mediante la legislación sobre insolvencia, que generalmente prevé que una autoridad pública (que normalmente, aunque no necesariamente, es un tribunal judicial que actúa por conducto de una persona designada con tal fin) se haga cargo de los bienes del deudor con miras a poner fin a la actividad comercial de la empresa del deudor, transformando en liquidez los bienes no monetarios y distribuyendo el producto de la venta o de la conversión en liquidez de los bienes de forma proporcional entre los acreedores. Si bien por lo general se requiere que la venta o la conversión en liquidez de los bienes se realice por partes y con la mayor rapidez posible, algunos regímenes permiten que en la liquidación se proceda a la venta de unidades productivas de la empresa o a la venta de la empresa como negocio en marcha; otros regímenes sólo permiten esta solución en el marco de una reorganización. La liquidación suele concluir con la disolución o desaparición de la empresa del deudor como entidad jurídica mercantil.

62. Los procedimientos de liquidación suelen tener una concepción, una aceptación y una aplicación muy similares y suelen desarrollarse del modo siguiente:

a) Solicitud del deudor o del acreedor o los acreedores ante un tribunal u otro órgano competente;

b) Orden o sentencia de liquidación de la empresa del deudor;

c) Designación de un tercero independiente encargado de dirigir y administrar la liquidación;

d) Clausura de los negocios del deudor, si la empresa del deudor no puede venderse como negocio en marcha, y extinción de las facultades de los propietarios y cargos directivos y despido de los empleados;

e) Venta o conversión en liquidez de los activos del deudor, ya sea por partes o de toda la empresa como negocio en marcha;

f) Resolución de las reclamaciones de los acreedores;

g) Distribución de los fondos disponibles entre los acreedores (conforme a algún tipo de prelación); y

h) Disolución de la empresa del deudor, cuando se trate de una sociedad mercantil o de una entidad con personalidad jurídica, o liberación, en el caso de un deudor individual o persona física.

63. Hay diversas justificaciones jurídicas y económicas para la liquidación. En términos generales, una entidad mercantil que no pueda competir en una economía

de mercado no tiene cabida en ella y debe desaparecer. Para poder considerar una empresa no competitiva, ésta debe cumplir ante todo un requisito: ser incapaz de pagar sus deudas vencidas o pagaderas o tener deudas por un valor superior al de sus bienes. Más concretamente, la liquidación obedece a la necesidad de procedimientos que resuelvan los problemas entre acreedores (cuando los activos de un deudor insolvente no basten para atender las demandas de todos los acreedores, lo mejor que pueden hacer los acreedores en su propio beneficio es presentar una demanda para cobrar sus créditos antes de que otros acreedores puedan obrar de forma análoga) y de una fuerza disciplinaria, que es un elemento esencial de una relación sostenible entre el deudor y el acreedor. Todo procedimiento eficaz y ordenado de liquidación regula el problema de la relación entre acreedores poniendo en marcha un procedimiento colectivo que procura evitar las acciones que, aunque los acreedores estimen que redundan en su interés, conduzcan esencialmente a una pérdida de valor para todos los acreedores. Los procedimientos colectivos están encaminados a ofrecer un trato equitativo a todos los acreedores y un trato igual a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares, y a maximizar el valor de los bienes del deudor en beneficio de todos los acreedores. Normalmente, este objetivo se consigue imponiendo una suspensión de la facultad de los acreedores para ejercer sus derechos individuales contra el deudor y nombrando a una persona independiente encargada ante todo de maximizar el valor de los bienes del deudor para su distribución entre los acreedores.

64. Con un mecanismo ordenado y relativamente previsible para ejecutar los derechos colectivos de los acreedores también se puede dar a éstos una mayor seguridad cuando deban adoptar decisiones sobre la concesión de créditos y, de forma más general, se puede promover el interés de todos los participantes en la economía facilitando la concesión de créditos y el desarrollo de los mercados financieros. Ello no significa que el régimen de la insolvencia deba ser un instrumento para ejecutar los derechos de los distintos acreedores, aunque haya una clara e importante relación entre los mecanismos de ejecución y los de insolvencia. La eficiencia y eficacia de los procedimientos para ejecutar los derechos de los distintos acreedores permitirán que los acreedores no se vean forzados a recurrir al procedimiento de insolvencia con ese fin, especialmente teniendo en cuenta que por lo general los procedimientos de insolvencia no son idóneos para ese fin, debido a las pruebas que requieren, los costos que entrañan y su complejidad procesal. No obstante, todo procedimiento de insolvencia eficaz garantizará que, cuando fallen los mecanismos de la ejecución de la deuda, los acreedores dispongan de un recurso final que pueda aportar un incentivo eficaz frente al deudor recalcitrante animándolo a pagar a un determinado acreedor.

4. Organización del régimen de la insolvencia

65. La estructura del procedimiento, en función de la cual se opta por uno de esos procesos, se regula de muy diversas formas. Algunas leyes de insolvencia disponen un procedimiento de insolvencia unitario y flexible con un único requisito de apertura, que, según las características del caso, culmina con la liquidación o la reorganización. Otros regímenes establecen dos procedimientos distintos, y cada uno de ellos dispone sus requisitos concretos de solicitud y apertura y con diferentes posibilidades de pasar de un tipo de procedimiento a otro. Las legislaciones que regulan por separado los procedimientos de liquidación y reorganización se guían

por distintas consideraciones de política social y comercial. No obstante, los procedimientos de liquidación y reorganización tienen mucho en común, por lo que entre sus disposiciones se producen considerables similitudes y coincidencias, tanto en cuestiones de procedimiento como de fondo, como se verá en el análisis que figura más adelante en la segunda parte.

66. La viabilidad de la empresa del deudor insolvente debería determinar, al menos teóricamente, el procedimiento que va a seguirse. Ahora bien, en la práctica resulta a menudo imposible determinar de forma definitiva, al iniciar una reorganización o una liquidación, si la empresa es financieramente viable. Uno de los inconvenientes de este enfoque radica en que puede crear una excesiva polarización entre la liquidación y la reorganización y en que puede ocasionar demoras, incrementar los gastos y la ineficiencia, especialmente cuando, por ejemplo, al fracasar la reorganización, deba presentarse una nueva solicitud de procedimiento, en este caso de liquidación. Esa ineficiencia puede superarse, en cierta medida, previendo vínculos entre ambos tipos de procedimientos a fin de que, en determinadas circunstancias específicas, se pueda convertir un tipo de procedimiento en otro, y previendo mecanismos para evitar que se utilice abusivamente el procedimiento de insolvencia, por ejemplo, solicitando una reorganización para evitar o retrasar la liquidación.

67. En cuanto a la cuestión de la elección de procedimientos, en algunos países se prevé que la parte que solicita el procedimiento de insolvencia puede optar inicialmente por la liquidación o por la reorganización. Cuando uno o más acreedores inician un procedimiento de liquidación, la legislación prevé a veces un mecanismo para que el deudor pueda solicitar que el procedimiento pase a ser de reorganización, cuando sea viable. Cuando el deudor solicita un procedimiento de reorganización, tanto por iniciativa propia como a raíz de una solicitud de liquidación hecha por un acreedor, sería lógico que se decidiera en primer lugar sobre la reorganización. No obstante, a fin de proteger a los acreedores, algunos regímenes de la insolvencia prevén un mecanismo en virtud del cual la reorganización puede transformarse en liquidación cuando se determine, en la fase inicial del procedimiento o ulteriormente, que la reorganización no tiene posibilidades de prosperar. Otro mecanismo de protección de los acreedores puede consistir en que se fije un plazo máximo para toda reorganización decidida en contra de la voluntad de los acreedores.

68. En virtud de un principio general, normalmente los procedimientos de liquidación y reorganización, aunque suelan regularse por separado, se llevan a cabo de forma consecutiva, es decir, sólo se pondrá en marcha un procedimiento de liquidación si la reorganización tiene pocas posibilidades de prosperar o si fracasan los esfuerzos de reorganización. En algunos regímenes de la insolvencia se parte del principio general de que debe procederse a la reorganización de la empresa y de que sólo puedan iniciarse procedimientos de liquidación cuando fracasen todos los intentos de reorganización. En algunos regímenes que prevén la transformación de un tipo de procedimiento en otro, según las circunstancias enunciadas por la legislación, el deudor, los acreedores o el representante de la insolvencia pueden pedir que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación. Entre estas circunstancias puede figurar la de que el deudor no pueda pagar las deudas posteriores a la solicitud en la fecha de vencimiento; el hecho de que ni los acreedores ni el tribunal hayan aprobado el plan de reorganización; o el

incumplimiento por parte del deudor de las obligaciones enunciadas en un plan aprobado; o el intento del deudor de defraudar a los acreedores (véase la segunda parte, capítulo IV). Si bien es posible a menudo transformar un procedimiento de reorganización en otro de liquidación, la mayoría de los regímenes de la insolvencia no permiten volver a la reorganización una vez que se haya pasado de la reorganización a la liquidación.

69. Las dificultades para determinar desde el principio si la empresa del deudor debe ser objeto de liquidación, y no de reorganización, han hecho que algunos países revisaran su régimen legal de la insolvencia y sustituyeran los procedimientos diferenciados por un procedimiento "unitario"[7]. En virtud de este enfoque "unitario" se prevé un período inicial (generalmente denominado "período de observación", que en los ejemplos existentes de regímenes unitarios puede durar hasta tres meses) durante el cual no se hace ninguna presunción sobre si la empresa será reorganizada o liquidada. La elección entre liquidación o reorganización no se hace hasta después de evaluarse la situación financiera del deudor y de determinarse si es posible o no proceder a la reorganización. La ventaja fundamental de este enfoque radica en su simplicidad procesal, su flexibilidad y su posible economía de costos. Con un simple procedimiento unitario se puede animar a los deudores en dificultades financieras a recurrir anticipadamente al procedimiento, fomentando así las posibilidades de que la reorganización prospere. Por otra parte, el inconveniente de este procedimiento radica en el tiempo que a veces transcurre entre la decisión de apertura del procedimiento y la decisión sobre el tipo de procedimiento que se va a seguir, así como en las consecuencias que esta demora puede tener para el negocio del deudor y para el valor de sus bienes. Sean cuales sean los criterios para determinar el procedimiento que se va a seguir, el régimen de la insolvencia debe asegurar que una vez que el deudor esté en el sistema, no le quede más opción que aguardar una decisión definitiva sobre su futuro.

C. Procesos administrativos

70. En los últimos años, algunos ordenamientos afectados por crisis han desarrollado formas "estructuradas" semioficiales de procesos de insolvencia, inspiradas en parte por bancos gubernamentales o bancos centrales, para hacer frente a los problemas financieros y técnicos propios del sector bancario. Estos procesos se han desarrollado sobre una pauta similar. En primer lugar, cada uno tenía una agencia facilitadora para promover y, en parte, coordinar y administrar el proceso a fin de proporcionar los incentivos y la motivación necesarios para llevarlo adelante. En segundo lugar, cada proceso está respaldado por un acuerdo entre bancos comerciales en el cual los participantes convienen en seguir una serie de "normas" respecto de los deudores empresariales que tengan deudas con uno o más de los bancos y que puedan participar en el proceso. Las normas disponen los procedimientos que han de seguirse y las condiciones que han de imponerse en los casos en que se intente llevar a cabo una reorganización empresarial. En algunos ordenamientos jurídicos, una entidad deudora que desee negociar una reorganización en el marco de este proceso habrá de convenir en la aplicación de

[7] Cuando se adopte un sistema unitario, habrá que introducir algunas modificaciones en los diversos elementos fundamentales del régimen de la insolvencia.

esas normas. En tercer lugar, se fijan plazos para las diversas partes del proceso y, en algunos casos, los acuerdos de principio se remiten al tribunal competente para que tenga lugar un procedimiento de reorganización de acuerdo con la ley. Además, en un ordenamiento jurídico se ha establecido una agencia especial que posee facultades amplísimas, conforme a sus estatutos, para adquirir préstamos fallidos del sector bancario y financiero e imponer a continuación procesos extrajudiciales a un deudor empresarial incumplidor, incluida una reorganización forzada o impuesta.

71. Dado que ambos procesos son relativamente complejos y requieren la elaboración de reglas y reglamentos especiales y dado que regulan situaciones particulares de fallos sistémicos, no se han tratado en la *Guía*.

III. Marco institucional

72. Cada régimen de la insolvencia forma parte de un ordenamiento jurídico mercantil general y su aplicación adecuada depende en gran medida no sólo del nivel de desarrollo del ordenamiento jurídico mercantil, sino también del nivel de desarrollo del marco institucional para administrar dicho régimen. Por lo tanto, las opciones para elaborar o reformar un régimen de la insolvencia tendrán que estar estrechamente vinculadas a la capacidad de las instituciones existentes. El régimen de la insolvencia sólo podrá ser eficaz si los tribunales y los funcionarios encargados de su aplicación disponen de la capacidad necesaria para ofrecer el resultado más efectivo, oportuno y equitativo para los beneficiarios de dicho régimen. Si todavía no existe esa capacidad institucional, es altamente recomendable que las reformas del régimen de la insolvencia vayan acompañadas de reformas institucionales en que se compagine el costo del establecimiento y mantenimiento del marco institucional necesario con las ventajas de disponer de un sistema eficiente y eficaz en el que la sociedad pueda confiar. A pesar de que el examen detallado de los medios con los que cabe desarrollar o mejorar la capacidad institucional no entran en el ámbito de la presente *Guía*, pueden hacerse una serie de observaciones generales al respecto.

73. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos los procesos de insolvencia son administrados por autoridades judiciales, que son a menudo tribunales comerciales o tribunales ordinarios o, en unos cuantos casos, tribunales de quiebras. Algunas veces, los jueces tienen conocimientos especializados y son exclusivamente competentes en cuestiones de insolvencia, mientras que en otros casos la insolvencia constituye sólo una de las muchas materias de que conocen los tribunales. En varios ordenamientos jurídicos, instituciones no judiciales o cuasijudiciales desempeñan las funciones que en otros ordenamientos corresponden a los tribunales.

74. Al concebir el régimen de la insolvencia puede ser conveniente tener en cuenta en qué medida los tribunales deberán supervisar el proceso y si su función puede verse limitada o no respecto de las diferentes fases del proceso o puede ser contrarrestada por las funciones de otros participantes en el proceso, como los acreedores o el representante de la insolvencia. Esto cobra especial importancia cuando el régimen de la insolvencia exige que los jueces den una solución rápida a casos difíciles de insolvencia (que a veces guardan relación con cuestiones mercantiles y empresariales) y cuando la capacidad del poder judicial es limitada,

ya sea por causas relacionadas con su estructura, por una carencia general de recursos en el sistema judicial o por la falta de conocimientos y experiencia en los tipos de cuestiones que pueden plantearse en el ámbito de la insolvencia.

75. A fin de no sobrecargar a los tribunales, el régimen de la insolvencia puede prever, por ejemplo, que el representante esté autorizado a adoptar decisiones sobre diversas cuestiones, como la verificación y admisión de los créditos, la necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento, la entrega de bienes gravados sin ningún valor al patrimonio de la insolvencia, la venta de bienes esenciales, el inicio de acciones de impugnación y el régimen aplicable a los contratos, sin que el tribunal tenga que intervenir, salvo en el caso de que surjan diferencias. Para prever esta facultad, es preciso que exista un número de profesionales debidamente cualificados que puedan desempeñar las funciones de representantes de la insolvencia. También puede autorizarse a los acreedores a que presten asesoramiento al representante de la insolvencia o a que aprueben determinadas decisiones de éste, como por ejemplo, la venta de bienes importantes o la obtención de financiación posterior a la apertura del procedimiento sin que el tribunal tenga que intervenir, salvo en el caso de que surjan controversias. El régimen de la insolvencia puede especificar qué procedimientos requieren la aprobación del tribunal, como por ejemplo, conceder a una financiación garantizada tras la apertura del procedimiento una prelación superior a la de los derechos de los acreedores garantizados existentes.

76. La capacidad del tribunal para ocuparse de las cuestiones comerciales, a menudo complejas, que llevan aparejadas los casos de insolvencia, no consiste únicamente en conocer prácticas jurídicas y comerciales concretas, sino también en que se actualicen periódicamente los conocimientos y la experiencia al respecto. Al abordar la cuestión de la capacidad judicial, el hecho de prestar especial atención a la formación y a la capacitación continua del personal al servicio del tribunal, no sólo de los jueces sino también de los secretarios judiciales, contribuirá a apuntalar un régimen de la insolvencia capaz de responder con eficacia y eficiencia a todos los casos que se presenten.

77. Otra consideración relativa a la capacidad del tribunal para supervisar los casos de insolvencia es el equilibrio entre los componentes obligatorios y los discrecionales del régimen de la insolvencia. Si bien los elementos imperativos, como la apertura automática de un procedimiento o la aplicación automática de la paralización de toda acción judicial, pueden dar al deudor y a los acreedores un alto grado de seguridad y previsibilidad así como limitar los asuntos que deban pasar por los tribunales, también pueden ser causa de rigidez si hay demasiados elementos de esa índole. Un enfoque discrecional permite que el tribunal sopese los hechos y circunstancias, teniendo en cuenta los precedentes, los intereses de la colectividad y los de las personas afectadas por la decisión y por las condiciones del mercado. El hecho de carecer de los conocimientos o de la experiencia necesarios para sopesar esos factores, o de los recursos para reaccionar de manera oportuna ante ellos puede imponer una carga al tribunal. Si el régimen de la insolvencia prevé, por ejemplo, que el tribunal ratifique un plan de reorganización, no es conveniente que el tribunal deba llevar a cabo complejas evaluaciones económicas de la viabilidad o conveniencia del plan sino que más bien debería limitarse a llevar a cabo el proceso de aprobación y otras cuestiones específicas. Cuando un régimen de la insolvencia prevé que una autoridad facultada para adoptar decisiones, como por ejemplo un

tribunal, actúe discrecionalmente, es preferible que la ley aporte la orientación adecuada sobre la manera más apropiada de ejercer esa facultad, en especial cuando ello afecte a cuestiones económicas o comerciales. Este criterio es coherente con los objetivos generales de transparencia y previsibilidad de todo régimen de la insolvencia.

78. La idoneidad de la infraestructura jurídica y, en especial, los recursos de que disponen los tribunales para ocuparse de los casos de insolvencia, pueden tener repercusiones importantes en la eficiencia con la que se resuelvan los casos de insolvencia y en su duración. Esta puede ser una reflexión pertinente al decidir si el régimen de la insolvencia debe imponer plazos para la tramitación de determinadas fases del proceso. Si la infraestructura judicial no permite atender oportunamente a las exigencias que se le planteen a fin de garantizar que las partes respeten los plazos y de agilizar el proceso de insolvencia, un régimen que prevea tales disposiciones no logrará la eficacia y la eficiencia que debería tener. Las normas de procedimiento también tendrán su importancia en la tramitación de los casos, de manera que unas normas bien formuladas contribuirán a que los tribunales y los profesionales resuelvan de forma eficaz y ordenada los casos de insolvencia y la situación económica del deudor y minimicen las demoras que pueden tener como consecuencia la desvalorización de los bienes del deudor, menoscabando las perspectivas de éxito del procedimiento de insolvencia (ya sea de liquidación o de reorganización). Unas normas bien formuladas contribuirán también a mejorar el nivel de previsibilidad y de igualdad de trato en todos los casos.

79. La aplicación de los regímenes de insolvencia no depende únicamente de los tribunales sino también de los profesionales que intervienen en el proceso de la insolvencia, ya sean representantes de la insolvencia, asesores jurídicos, contables, tasadores u otros asesores profesionales. La adopción de pautas de profesionalidad y la capacitación pueden contribuir al desarrollo de la capacidad institucional. Puede ser conveniente hacer una distinción entre las funciones del ámbito de la insolvencia que son realmente de carácter público y que deben ejercerse en el sector público a fin de garantizar el nivel de confianza necesario para que el régimen de la insolvencia sea eficaz, y las funciones que pueden llevarse a cabo ofreciendo incentivos adecuados a los participantes del sector privado en el proceso de la insolvencia. El representante de la insolvencia podría ser un ejemplo.

A/CN.9/WG.V/WP.70 (Segunda parte) [Original: inglés]

Índice

Segunda parte

		Párrafos
	Disposiciones fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente	80-669
I.	Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia	82-152
	A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción	82-99
	1. Condiciones de admisibilidad: deudores a los que será aplicable el régimen de la insolvencia	82-91
	a) Personas físicas dedicadas a actividades comerciales	84-87
	b) Empresas públicas	88-90
	c) Deudores que requieren un tratamiento diferenciado	91
	2. Jurisdicción	92-99
	a) Centro de los principales intereses del deudor	93-94
	b) Establecimiento	95-96
	c) Presencia de bienes	97-98
	d) Tribunales competentes	99
	Recomendaciones 1) a 6)	
	B. Apertura del procedimiento	100-152
	1. Introducción	100-102
	2. Criterios para la apertura del procedimiento	103-111
	a) Criterio de la liquidez, la corriente de efectivo o el sobreseimiento general en los pagos	103-104
	b) Criterio del balance de la empresa	105-106
	c) Formulación de los criterios de apertura	107-111
	3. Liquidación	112-122
	a) Partes habilitadas para presentar una solicitud	112
	b) Apertura a instancia del deudor	113-115
	c) Apertura a instancia de uno o más acreedores	116-119
	d) Apertura a instancia de una autoridad pública	120-122

4. Reorganización 123-131
a) Partes habilitadas para solicitar la apertura 123
b) Apertura a instancia del deudor 124-125
c) Apertura a instancia de los acreedores 126-131
5. Cuestiones de índole procesal 132-146
a) Presentación de la solicitud de apertura de un procedimiento 132
b) Decisión de apertura de un procedimiento de insolvencia 133-135
c) Plazo para adoptar la decisión de apertura del procedimiento 136-137
d) Desestimación de una solicitud de apertura 138-140
e) Notificación de la solicitud y de la apertura 141-146
6. Deudores con bienes insuficientes 147-149
7. Costas del procedimiento de insolvencia 150-151
8. Sobreseimiento del procedimiento tras la apertura 152
Recomendaciones 7) a 23) . . . . . .
II. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia 153-360
A. Bienes que constituyen la masa de la insolvencia 153-175
1. Introducción 153-155
2. Bienes comprendidos en la masa de la insolvencia 156-168
a) Definición general de la masa de la insolvencia 156-158
b) Bienes gravados 159-161
c) Bienes que sean propiedad de terceros 162-164
d) Bienes extranjeros 165-166
e) Bienes recuperados 167-168
3. Bienes excluidos de la masa de la insolvencia 169-172
a) Exclusiones generales 169
b) Cuando el deudor sea una persona física 170-172
4. Fecha de constitución de la masa de la insolvencia y reintegración de los bienes 173-175
Recomendaciones 24) a 26) . . . . . .
B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia 176-219
1. Introducción 176
2. Protección de la masa mediante una paralización 177-180

3. Alcance de la paralización 181-189
a) Medidas a las que se aplicará la paralización 181-183
b) Excepciones a la aplicación de la paralización 184
c) Acreedores garantizados 185-189
4. Aplicación discrecional o automática de la paralización 190
5. Inicio de la paralización 191-200
a) Determinación del momento preciso en que surte efecto la paralización 192
b) Aplicación de la paralización a partir del momento de la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento 193
c) Paralización a partir de la apertura 194-200
6. Duración de la paralización 201-204
a) Acreedores no garantizados 201
b) Acreedores garantizados 203-204
7. Prórroga del plazo de la paralización 205
8. Protección de los acreedores garantizados 206-215
a) Exención de los efectos de la paralización 207-209
b) Protección del valor 210-215
9. Restricciones de la libertad del deudor para disponer de sus bienes 216-219
Recomendaciones 27) a 39) . . . . . .
C. Utilización y disposición de los bienes 220-239
1. Introducción 220
2. Bienes de la masa de la insolvencia 221-235
a) Curso ordinario de los negocios 221-224
b) Métodos de venta 225-228
c) Utilización o disposición de bienes gravados 229-230
d) Capacidad del representante de la insolvencia para vender el bien libre de gravámenes 231-232
e) Bienes en copropiedad 233
f) Bienes gravosos, carentes de valor y difíciles de convertir en efectivo 234
g) Créditos 235

3. Bienes que sean propiedad de terceros 236-237

4. Régimen aplicable al producto en metálico de la venta 238-239

Recomendaciones 40) a 48) . . . . . .

D. Financiación posterior a la apertura del procedimiento 240-253

1. Necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento 240-244

2. Fuentes de financiación posterior a la apertura del procedimiento 245

3. Obtención de crédito con posterioridad a la apertura del procedimiento-garantías y prelación 246-250

a) Concesión de garantías 247

b) Concesión de prelación 248-250

4. Autorización de la financiación posterior a la apertura 251-252

5. Efectos de la conversión de la reorganización en liquidación 253

Recomendaciones 49) a 54) . . . . . .

E. Régimen aplicable a los contratos 254-294

1. Introducción 254-259

2. Cláusulas de extinción automática de los contratos 260-265

3. Mantenimiento o rechazo de contratos 266-283

a) Procedimiento para el mantenimiento o rechazo de contratos 266-273

b) Fecha o momento en que surte efecto la notificación de mantenimiento o de rechazo de un contrato 274-275

c) Mantenimiento de un contrato en supuestos de incumplimiento del deudor 276

d) Efectos del mantenimiento o del rechazo de un contrato para la otra parte. 277-282

e) Modificación de los contratos mantenidos 283

4. Arrendamientos de terrenos y de locales 284-285

5. Cesión 286-289

6. Excepciones a la facultad para mantener, rechazar y ceder contratos 290-293

a) Contratos de trabajo 291

b) Contratos sobre servicios irreemplazables y personales 292-293

7. Contratos posteriores a la apertura del procedimiento 294

Recomendaciones 55) a 72) . . . . . .

F. Procedimientos de anulación. 295-348
1. Introducción 295-302
2. Criterios de anulación 303-313
a) Criterios objetivos. 304
b) Criterios subjetivos 305
c) Combinación de criterios 306-307
d) Curso ordinario de los negocios 308-312
e) Excepciones 313
3. Tipos de operaciones sujetas a anulación 314-328
a) Operaciones encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar el pago a los acreedores 316-317
b) Operaciones sin contravalor adecuado 318-320
c) Operaciones preferentes 321-323
d) Garantías reales. 324-325
e) Operaciones con personas allegadas 326-328
4. Operaciones no sujetas a acciones de anulación 329
5. Efecto de la anulación: operaciones nulas o anulables. 330-331
6. Establecimiento del período de sospecha 332-335
7. Sustanciación de los procedimientos de anulación 336-346
a) Partes que pueden iniciar un procedimiento 336-339
b) Financiación de los procedimientos de anulación 340
c) Plazos para la apertura 341
d) Cumplimiento de los criterios de anulación 342-346
8. Responsabilidad de las otras partes en operaciones anuladas 347
9. Conversión de un procedimiento de reorganización en liquidación. 348
Recomendaciones 73) a 84) . . . . . .
G. Derechos de compensación 349-352
Recomendación 85) . . . . . .
H. Contratos financieros y compensación global por saldos netos 353-360
Recomendaciones 86) a 92) . . . . . .

III. Participantes 361-480

A. El deudor 361-393

1. Introducción 361

2. Mantenimiento de la continuidad de los negocios del deudor y función del deudor 362-377

a) Liquidación 362-363

b) Reorganización 364-377

3. Derechos del deudor 378-380

4. Obligaciones del deudor 381-392

a) Deber de cooperar y prestar asistencia 382

b) Deber de facilitar información 383-386

c) Confidencialidad 387

d) Obligaciones supletorias o complementarias 388

e) Recurso a profesionales o peritos que asesoren al deudor 390

f) Inobservancia de algún deber 391-392

5. Responsabilidad del deudor 393

Recomendaciones 93) a 98) . . . . . .

B. El representante de la insolvencia 394-433

1. Introducción 394

2. Cualificaciones 395-402

a) Representante provisional de la insolvencia 397

b) Conocimientos y experiencia 398

c) Vías para garantizar la idoneidad profesional 399

d) Cualidades personales 400

e) Conflictos de intereses 401-402

3. Selección y nombramiento del representante de la insolvencia 403-406

a) Selección y nombramiento del representante de la insolvencia por parte del tribunal 404

b) Autoridad independiente encargada del nombramiento 405

c) Función de los acreedores 406

4. Supervisión del representante de la insolvencia 407

5. Deberes y funciones del representante de la insolvencia 408

6. Confidencialidad 411

7. Remuneración del representante de la insolvencia 412-418
a) Determinación de su cuantía 412-416
b) Medios para efectuar el pago 417
c) Cálculo revisado de la remuneración 418
8. Responsabilidad del representante de la insolvencia 419-424
9. Agentes y empleados del representante de la insolvencia 425-427
a) Responsabilidad por actos u omisiones 426
b) Remuneración 427
10. Revisión de la administración del representante de la insolvencia. 428-431
11. Destitución del representante de la insolvencia 432
12. Sustitución del representante de la insolvencia 433
Recomendaciones 99) a 109) . . . . . .
C. Acreedores-participación en el procedimiento de insolvencia. 434-475
1. Introducción 434
2. Grado de participación de los acreedores en el proceso decisorio 436-444
a) Niveles de participación 436-437
b) Participación en la liquidación y la reorganización 438
c) Mecanismos destinados a facilitar la participación 439-441
d) Fomento de la participación del acreedor 442
e) Obligación de informar y notificar. 443
f) Acreedores garantizados 444
3. Funciones que deben desempeñar los acreedores 445-450
4. Juntas de acreedores 451-454
5. Comité de acreedores 455-470
a) Acreedores que podrán formar parte del comité 457-462
b) Formación del comité de acreedores 463-465
c) Funciones del comité de acreedores. 466-468
d) Responsabilidad del comité de acreedores. 469
e) Destitución y sustitución de los miembros del comité 470
6. Cuestiones que requieren una votación 471-474
7. Confidencialidad 475
Recomendaciones 110) a 120). . . . . .

D. Derecho de la parte interesada a ser oída y a apelar 476-480
1. Derecho a ser oído. 476
2. Procedimiento de revisión. 477-479
3. Derecho de apelación 480
Recomendaciones 121) y 122) . . . . . .
IV. Reorganización. 481-565
A. El plan de reorganización 481-550
1. Introducción 481-482
2. Naturaleza o forma del plan 483-485
3. Propuesta de un plan de reorganización. 486-496
a) Momento de la propuesta. 487
b) Partes facultadas para proponer un plan. 488-494
c) Plazos para la propuesta de un plan 495-496
4. El plan. 497-505
a) Contenido de un plan. 498-502
b) Información que debe adjuntarse al plan 503-505
5. Aprobación del plan 506-529
a) Procedimientos de aprobación 509-511
b) Aprobación por los acreedores garantizados y con prelación. 512-517
c) Aprobación por los acreedores ordinarios no garantizados 518-521
d) Aprobación por los titulares de acciones 522-523
e) Personas allegadas. 524
f) Requisitos para la aprobación del plan. 525-529
6. Imposibilidad de aprobar un plan propuesto 530-531
a) Modificación del plan propuesto 530
b) Desaprobación del plan 531
7. Efecto vinculante del plan para las categorías de acreedores disconformes. 532
8. Confirmación judicial del plan 533-539
a) Impugnación de la aprobación del plan 534-536
b) Medidas requeridas para la confirmación judicial 537-539
9. Efectos de un plan aprobado y confirmado 540
10. Impugnación del plan después de su confirmación por el tribunal 541

11. Enmienda del plan después de su aprobación por los acreedores. 542-544
12. Ejecución del plan 545
13. Fracaso de la ejecución del plan 546-547
14. Conversión del procedimiento de reorganización en liquidación. 548-550
Recomendaciones 123) a 145) . . . . . .
B. Procedimiento de reorganización agilizado. 551-565
1. Introducción 551-553
2. Acreedores que suelen participar en las negociaciones voluntarias de reestructuración. 554-555
3. Procedimiento para ejecutar un acuerdo voluntario de reestructuración . . 556-565
a) Deudores habilitados 557-558
b) Obligaciones afectadas 559
c) Aplicación del régimen de la insolvencia 560-562
d) Agilización del procedimiento. 563-565
Recomendaciones 146) a 153) . . . . . .
V. Administración del procedimiento . . . . . .
A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores. 566-612
1. Introducción 566
2. Presentación de los créditos de los acreedores. 567-589
a) Acreedores que pueden tener que presentar sus créditos 567-570
b) Limitaciones que afectan a la presentación de los créditos 571-576
c) Procedimiento para la presentación de los créditos 577-585
d) Créditos no presentados. 586-589
3. Verificación y admisión de créditos. 590-611
a) Lista de créditos presentados 590
b) Procedimientos de verificación y admisión 591-602
c) Créditos impugnados 603-604
d) Efectos de la admisión de un crédito 605
e) Compensación de créditos 606
f) Créditos que requieren un régimen especial. 607-611
4. Créditos no admitidos 612
Recomendaciones 154) a 169) . . . . . .

B. Prelación y distribución [del producto de la liquidación] 613-642
1. Prelación 613-640
a) Introducción 613-616
b) Subordinación de los créditos 617-623
c) Clasificación de los créditos 624-640
2. Distribución 641-642
a) Liquidación 641
b) Reorganización 642
Recomendaciones 170) a 178) . . . . . .
C. Régimen aplicable a los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia 643-652
1. Introducción 643-645
2. Responsabilidad del grupo por las deudas externas 646-651
3. Deudas internas 652
D. Derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia. . . . . .
Recomendaciones 179) a 183) . . . . . .
VI. Conclusión del procedimiento 653-669
A. Exoneración 653-666
1. Exoneración del deudor en un procedimiento de liquidación 653-664
2. Exoneración de deudas y modificación de créditos en procedimientos de reorganización 665-666
Recomendaciones 184) y 185) . . . . . .
B. Conclusión del procedimiento. 667-669
1. Liquidación 668
2. Reorganización 669
Recomendaciones 186) y 187) . . . . . .

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

80. La segunda parte de esta Guía se centra en el contenido del régimen de la insolvencia y en los elementos fundamentales que se consideran necesarios para sustanciar los procedimientos de insolvencia con arreglo a dicho régimen de manera eficaz y eficiente. En la medida de lo posible, la Guía aborda los elementos fundamentales siguiendo el orden cronológico de las etapas del procedimiento.

81. En el capítulo I se analizan los criterios para la solicitud y la apertura del procedimiento. En el capítulo II se examinan las repercusiones de la apertura del procedimiento de la insolvencia sobre el deudor y sus bienes, entre las que figuran la constitución de la masa de la insolvencia, la protección y conservación de la masa, la utilización y disposición de los bienes, la financiación posterior a la apertura del procedimiento, el régimen aplicable a los contratos, la aplicación de las disposiciones en materia de anulación, los derechos de compensación, los contratos financieros y la compensación global por saldos netos. En el capítulo III se tratan las funciones del deudor y del representante de la insolvencia en los procedimientos de insolvencia y sus diversas obligaciones y atribuciones, así como los mecanismos para facilitar la participación de los acreedores. Si bien las cuestiones relativas a la reorganización se examinan a lo largo de toda la Guía, en el capítulo IV se abordan en particular las cuestiones relativas al plan de reorganización y al procedimiento agilizado de reorganización. En el capítulo V se abordan los diferentes tipos de créditos y demandas de los acreedores y su tratamiento, así como el establecimiento de un orden de prelación a efectos de la distribución. El capítulo VI se ocupa de las cuestiones relativas a la resolución del procedimiento de la insolvencia, entre las que cabe mencionar la liberación y la conclusión. [En el capítulo VII se reproduce la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y la Guía para su incorporación al derecho interno.]

I. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia

A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción

1. Condiciones de admisibilidad: deudores a los que será aplicable el régimen de la insolvencia

82. Antes de formular un régimen general de la insolvencia aplicable a los deudores con actividades comerciales (independientemente de si se llevan a cabo con fines de lucro o no), es importante determinar y definir claramente cuáles serán los deudores que estarán sujetos a dicho régimen. Cuando se excluya a un deudor del régimen, ese deudor dejará de gozar del amparo que ofrece y no estará sujeto a su disciplina. Ello justifica que se elabore un régimen de la insolvencia de carácter exhaustivo que prevea un número limitado de excepciones. En la elaboración de los criterios de admisibilidad se plantean dos problemas básicos. El primero es si la ley debe distinguir entre los deudores que sean personas físicas y los que constituyan algún tipo de sociedad o empresa de responsabilidad limitada u otro tipo de persona

jurídica, lo que suscitará a su vez cuestiones de política general y de política social o de otra índole. El segundo problema radica en la determinación de los posibles tipos de deudores (prescindiendo de si son personas jurídicas o físicas) a los que no habría de aplicarse el régimen de la insolvencia.

83. Los países suelen definir el ámbito de aplicación de sus regímenes de insolvencia en función de distintos criterios. Algunos aplican sus regímenes a todos los deudores y prevén ciertas excepciones concretas, como las que se analizan más adelante. Otros distinguen entre los deudores que son personas físicas y los que son personas jurídicas, a los que aplican distintos regímenes de la insolvencia. Otro criterio consiste en distinguir entre las personas jurídicas y las personas físicas en función de la actividad comercial (o de consumidores) que lleven a cabo. Algunos de estos regímenes tratan de la insolvencia de los "comerciantes", por lo que se entiende las personas cuya ocupación habitual es la actividad comercial, o de las sociedades constituidas conforme al derecho mercantil y de otras entidades que suelen dedicarse a la actividad comercial. En algunos regímenes también se prevén distintos procedimientos en función del grado de endeudamiento, y varios países han elaborado regímenes especiales de la insolvencia aplicables a distintos sectores de la economía, en particular al sector agrícola.

a) Personas físicas dedicadas a actividades comerciales

84. Tratándose del endeudamiento y la insolvencia de personas físicas los legisladores siguen a menudo criterios basados en actitudes culturales que no aplican a las sociedades mercantiles. Esta diferencia se observa, por ejemplo, en el trato del endeudamiento contraído por una persona; en el auxilio otorgable al deudor que no pueda atender al servicio de su deuda; en la degradación social de la condición personal del deudor por efecto de la quiebra; en la necesidad de orientación y asesoramiento educativo en relación con la deuda personal; y en la posibilidad de ofrecer una nueva oportunidad a los deudores mediante la liberación eventual de ciertas deudas o medidas ejecutorias. En contraste, la política aplicable a la insolvencia en el sector mercantil suele obedecer únicamente a consideraciones económicas y comerciales, tales como la importante función de las empresas en la economía; la necesidad de preservar y fomentar la actividad comercial y empresarial; y la necesidad de alentar la concesión de préstamos y de proteger a los acreedores.

85. Los intereses de las personas físicas que participan en actividades comerciales (por ejemplo, las sociedades y los comerciantes individuales) difieren de los de los deudores consumidores, al menos en algunos aspectos de su endeudamiento, pero a menudo es difícil disociar el endeudamiento personal de una persona física de su endeudamiento comercial a efectos de determinar el régimen de la insolvencia que se aplicará. Pueden idearse diversos criterios para facilitar esa determinación al basarse, por ejemplo, en el tipo de negocio, en el nivel de endeudamiento y en la relación entre ese endeudamiento y el tipo de negocio. El desarrollo de una actividad comercial puede manifestarse por hechos como la inscripción del negocio en un registro de operaciones mercantiles o de otra categoría de operaciones comerciales, el hecho de corresponder a un determinado tipo de persona jurídica conforme al derecho mercantil, el carácter mismo de las actividades comerciales y el suministro de información sobre el volumen de ventas y sobre el activo y el pasivo.

86. En muchos países los deudores con actividad comercial que son personas físicas quedan comprendidos en los regímenes de la insolvencia comercial. La experiencia de algunos países indica que si bien las actividades mercantiles realizadas por personas físicas forman parte del comercio, es preferible que esas actividades se rijan por el régimen de la insolvencia previsto para las personas físicas, ya que en última instancia el propietario de un negocio personal ejercerá su actividad comercial en un marco según el cual será personalmente responsable, sin límite alguno, de las deudas de su negocio. La insolvencia de los comerciantes como personas físicas plantea asimismo difíciles problemas en materia de exoneración (liberación del deudor de su responsabilidad total o parcial por concepto de ciertas deudas una vez concluido el procedimiento - véase el capítulo VI), entre los que figura el plazo que ha de transcurrir antes de que se exonere al deudor y el tipo de obligaciones de las que puede quedar exonerado y las obligaciones exceptuadas. Las deudas que a menudo no pueden exonerarse son asuntos de índole personal relativos, por ejemplo, al arreglo concertado a raíz de una sentencia de divorcio o a la obligación de pagar una pensión alimenticia. Además, la inclusión de las personas físicas en el régimen de la insolvencia comercial podría desincentivar en algunos países la aplicación del régimen de la insolvencia comercial, habida cuenta de la actitud social negativa que suscita la insolvencia personal, independientemente de su carácter comercial. Convendría tener presentes estas consideraciones al preparar un régimen para la insolvencia comercial, teniendo en cuenta la manera en que habitualmente se lleva a cabo la actividad comercial en un determinado país y la existencia y eficacia de los regímenes de la insolvencia aplicables a las personas físicas. Por ejemplo, en muchos países el comercio es una actividad a la que se dedican casi exclusivamente personas físicas, y excluir a éstas del régimen de la insolvencia supondría limitar de forma significativa su viabilidad y eficacia. En otros países, las personas físicas con actividades comerciales están sujetas a un régimen de la insolvencia específico y no se les aplica el régimen de la insolvencia comercial.

87. La presente Guía se centra en la realización en sí de la actividad comercial[1], tanto por personas jurídicas como por personas físicas, prescindiendo del marco jurídico que se escoja para hacerlo, y de que se haga o no con fines de lucro[2]. La presente Guía determina las cuestiones para las que habrá que elaborar otras disposiciones o disposiciones suplementarias, si los deudores que son personas físicas quedan comprendidos en el ámbito del régimen de la insolvencia.

---

[1] No se pretende definir en la Guía la expresión "actividades comerciales". No obstante, de ser necesaria una definición, otros textos de la CNUDMI en los que figura dicha expresión han optado por una interpretación lata de manera que abarque las cuestiones que dimanen de toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, aunque no exclusivamente, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; acuerdos de distribución; representación o mandato comercial; factoraje ("factoring"); arrendamiento con opción de compra ("leasing"); construcción de obras; consultoría; ingeniería; concesión de licencias; inversiones; financiación; banca; seguros; acuerdos o concesiones de explotación; empresas conjuntas y otras formas de cooperación industrial o comercial; transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea o por carretera.

[2] La Guía comprendería, por ejemplo, las actividades comerciales efectuadas con fines caritativos.

b) Empresas públicas

88. Un régimen de la insolvencia puede ser aplicable a todo tipo de deudores que desarrollen actividades comerciales, tanto privados como públicos, particularmente las empresas públicas que compitan en el mercado realizando operaciones comerciales o mercantiles concretas y que, por otro lado, tengan los mismos intereses comerciales y económicos que las empresas privadas. No se pretende incluir en esta categoría a los Estados, las administraciones de subdivisiones estatales, los municipios y otros tipos de organizaciones o de autoridades públicas similares, salvo que se trate de empresas públicas que funcionen como empresas comerciales.

89. El hecho de que una empresa sea de propiedad pública no constituye, de por sí, una base para excluirla del régimen de la insolvencia, aunque algunos países adopten ese criterio. Cuando el Estado cumpla distintas funciones respecto de la empresa, no sólo como propietario sino también como prestamista y principal acreedor, no serán aplicables los incentivos comerciales normales, podrá ser difícil lograr soluciones de avenencia y es obvio que podrán surgir conflictos de intereses. Por consiguiente, la sujeción de las empresas públicas al régimen de la insolvencia ofrece la ventaja de someterlas a la disciplina propia de ese régimen, dando claramente a entender que no gozarán de un apoyo financiero público ilimitado y fijando un procedimiento que puede reducir al mínimo la incompatibilidad de intereses.

90. La política general de someter las empresas públicas a un régimen general de la insolvencia puede requerir excepciones cuando sus compromisos hayan sido explícitamente garantizados por alguna razón de orden público por las autoridades, cuando el régimen de las empresas públicas forme parte de una política macroeconómica especial, por ejemplo, de un programa de privatización general, o cuando la actividad de dichas empresas se lleve a cabo en sectores de importancia clave para la economía, como el suministro de servicios esenciales o de servicios públicos (por ejemplo, el abastecimiento de agua y electricidad). En estos casos, no estaría de más que se promulgara legislación especial para resolver toda cuestión pertinente que pueda surgir, por ejemplo, en materia de insolvencia. La presente Guía no se ocupa de las cuestiones concretas que cabría regular en este tipo de legislación independiente.

c) Deudores que requieren un tratamiento diferenciado

91. Si bien puede ser conveniente que la protección y la disciplina de un régimen de la insolvencia beneficien a la más amplia gama posible de deudores, cabe prever un trato diferenciado para cierto tipo de entidades especializadas, como los bancos y las compañías de seguros, las empresas de servicios públicos y los agentes de valores bursátiles o de productos básicos. Muchos regímenes de la insolvencia prevén excepciones para estos tipos de deudores, lo que se justifica en general por el hecho de que esas empresas están a veces sujetas a algún régimen reglamentario especial al margen de la insolvencia. Para abordar la insolvencia de tales deudores, los regímenes reglamentarios pueden contener disposiciones específicas para el tipo de empresas reguladas, o cabe incorporar reglas especiales al régimen general de la insolvencia. La presente Guía no se ocupa en particular de ninguna de las consideraciones especiales que puedan ser aplicables a deudores de esa índole, ni de la insolvencia de consumidores.

2. Jurisdicción

92. Además de reunir los atributos comerciales o empresariales requeridos, el deudor deberá tener una vinculación suficiente con el Estado del foro para estar sujeto a su régimen de la insolvencia. En muchos casos, no se planteará si corresponde o no aplicar el régimen de la insolvencia porque el deudor será nacional o residente de dicho Estado y ejercerá su actividad comercial por conducto de una estructura jurídica inscrita o constituida en él. No obstante, cuando hay que determinar si existe o no vinculación entre el deudor y el Estado, los regímenes de la insolvencia prevén como factores de conexión que el deudor tenga el centro de sus principales intereses en el Estado, que tenga su establecimiento en el Estado o que posea bienes en el Estado.

a) Centro de los principales intereses del deudor

93. Si bien en algunos ordenamientos se utiliza como factor de conexión el denominado establecimiento principal de la empresa deudora, la CNUDMI ha adoptado en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza (denominada en adelante "la Ley Modelo de la CNUDMI") el criterio del "centro de principales intereses" del deudor como factor determinante del lugar donde tendrá lugar la apertura del "procedimiento principal" contra ese deudor. Ese factor de conexión se utiliza también en el Reglamento Núm. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del Consejo Europeo (CE), relativo a los procedimientos de insolvencia (denominado en adelante "el Reglamento del CE"). La Ley Modelo de la CNUDMI no define este concepto; en el decimotercer párrafo del preámbulo del Reglamento del CE se indica que esa expresión debe entenderse como "el lugar en que el deudor administra ordinariamente sus intereses y que, por lo tanto, los terceros pueden determinar". Otro factor de conexión adecuado sería el enunciado en el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI y en el artículo 3 del Reglamento del CE, conforme al cual se presume que el centro de los principales intereses del deudor es su domicilio social, o su residencia habitual si se trata de una persona física, salvo que se demuestre que el centro de sus principales intereses se encuentra en algún otro lugar. Todo deudor debe quedar sujeto al régimen de la insolvencia del Estado donde tenga el centro de sus principales intereses.

94. Aunque se adopte como factor de conexión el "centro de los principales intereses" del deudor, puede darse el caso de que un deudor que posea bienes situados en dos o más Estados satisfaga las condiciones para quedar sujeto al régimen de la insolvencia de más de un Estado, ya sea porque se apliquen, en esos Estados, diversos criterios para determinar las condiciones de admisibilidad, o porque se apliquen diversas interpretaciones de un mismo criterio, dando lugar, por consiguiente, a que se abra un procedimiento aparte contra ese deudor en cada uno de esos países. En tales casos, será conveniente disponer de un régimen basado en la Ley Modelo de la CNUDMI que resuelva los problemas de coordinación y cooperación, que no dejarán de surgir entre esos procedimientos[3]. En cuanto a la aplicación de los diferentes factores de conexión, la Ley Modelo se centra en la primacía del centro de los principales intereses y en el procedimiento principal, pero reconoce que pueden utilizarse otros criterios, como la presencia de bienes, para

[3] La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y la Guía para su incorporación al derecho interno figuran en el capítulo VII de la presente Guía.

abrir un procedimiento nacional distinto del principal para atender a la cuestión de los bienes nacionales una vez que se haya reconocido el procedimiento extranjero principal[4].

b) Establecimiento

95. Algunos ordenamientos permiten la apertura de un procedimiento de insolvencia en todo Estado donde el deudor tenga un establecimiento. En el artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI se define el término "establecimiento" como "todo lugar de operaciones en que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios". El artículo 2 del Reglamento del CE contiene una definición similar que, sin embargo, omite la referencia a "servicios". Básicamente, el establecimiento será un centro de operaciones comerciales del deudor, sin que sea necesariamente el centro de sus principales intereses. Esta definición, al igual que la expresión "centro de principales intereses", es importante para la estructura global de la Ley Modelo de la CNUDMI y su tratamiento de los supuestos de insolvencia transfronteriza como criterio de reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros y la aplicación de limitaciones de las medidas otorgables. En muchos países, los gerentes de un establecimiento que no esté en condiciones de satisfacer el pago de sus deudas tendrán que responder personalmente frente a los acreedores, a menos que soliciten la apertura de un procedimiento de insolvencia. Por ende, la facultad de abrir un procedimiento sobre la base del criterio del establecimiento es un factor importante para el régimen de la insolvencia de un determinado Estado y para el tratamiento de los bienes de un deudor situados en dicho Estado.

96. El Reglamento del CE prevé análogamente la apertura de un procedimiento de insolvencia denominado "secundario" en un país donde el deudor tenga un establecimiento. Por lo general, la competencia del foro que entienda de ese procedimiento se limitará a los procedimientos de liquidación de los bienes del deudor situados en el territorio de ese Estado. Según el carácter del negocio del deudor y de los bienes de que se trate, puede plantearse un número limitado de situaciones en que sea posible abrir un procedimiento de reorganización basándose en el criterio del establecimiento.

c) Presencia de bienes

97. Algunos ordenamientos prevén la apertura de un procedimiento de insolvencia a instancia de un deudor, o contra un deudor, que tenga o haya tenido bienes en el territorio del Estado del foro, sin exigir que el deudor posea en dicho territorio un establecimiento o el centro de sus principales intereses. En la Ley Modelo de la CNUDMI no se prevé el reconocimiento de procedimientos extranjeros iniciados sobre la base del criterio de la presencia de bienes, aunque sí se prevé la apertura de un procedimiento nacional conforme a dicho criterio en un Estado que reconozca un procedimiento extranjero principal, para que dicho Estado se ocupe de los bienes que se encuentren en su territorio[5].

---

[4] Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 28.

[5] Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 28, y Guía para su incorporación al derecho interno, párrs. 184 a 187; véase el capítulo VII.

98. Tal vez quepa hacer una distinción entre los procedimientos de liquidación y los de reorganización que se abran con arreglo al criterio de la presencia de bienes; si bien este criterio puede servir de base para abrir un procedimiento de liquidación respecto de determinados bienes situados en un Estado, la mera presencia de esos bienes tal vez no justifique la apertura de un procedimiento de reorganización, en particular cuando el procedimiento abierto en el centro de principales intereses sea un procedimiento de liquidación o cuando los bienes pertinentes sean limitados. Aunque existe un país cuya legislación prevé que la presencia de bienes bastará para abrir un procedimiento de reorganización (y que ese procedimiento podrá abarcar los bienes del deudor dondequiera se encuentren), esta opción es poco frecuente. Cuando se abra en un Estado un procedimiento contra un deudor que sea una empresa multinacional por razón de la presencia de bienes del deudor en su territorio, será necesario, por lo general, coordinar ese procedimiento con los que se entablen en otros países en que el deudor tenga el centro de sus principales intereses y, posiblemente, establecimientos. Por consiguiente, el recurso al criterio de la presencia de bienes en el territorio de un Estado puede suscitar el problema de la pluralidad de foros competentes, así como la posibilidad de que se inicien diversos procedimientos, lo cual dará lugar a problemas de coordinación y cooperación, tratados en la Ley Modelo de la CNUDMI.

d) Tribunales competentes

99. Otra cuestión jurisdiccional es la de determinar qué tribunal es competente para abrir un procedimiento de insolvencia y para dirimir las cuestiones que se planteen durante dicho procedimiento. La competencia para abrir un procedimiento de insolvencia y para conocer de todas las cuestiones que puedan surgir en su transcurso puede corresponder a un mismo tribunal de un Estado o a diferentes tribunales según las cuestiones de que se trate. A fin de aumentar la transparencia del régimen de la insolvencia y de facilitar su aplicación en beneficio de los deudores, acreedores y terceros (especialmente cuando sean extranjeros), habría que establecer con claridad en la ley qué tribunales son competentes y en qué materias lo son. Si bien es posible que en el régimen de la insolvencia no figuren siempre disposiciones que determinen los tribunales que serán competentes para llevar a cabo procedimientos de insolvencia, sería útil indicar en la legislación sobre insolvencia las disposiciones de la ley que regule la competencia de los tribunales en esta materia.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre las condiciones de admisibilidad y la jurisdicción tienen por objeto determinar:

a) los tipos de deudores que están sujetos al régimen;

b) los tipos de deudores que pueden ser excluidos del régimen;

c) los deudores que tienen una vinculación suficiente con un Estado para estar sujetos al régimen; y

d) los tribunales que serán competentes en materia de apertura y sustanciación de procedimientos de insolvencia.

Contenido de las disposiciones legales

Condiciones de admisibilidad

1) El régimen debe regir los procedimientos de insolvencia contra todos los deudores que se dediquen a actividades comerciales, ya sean personas físicas o jurídicas, incluidas las empresas públicas[6], independientemente de que dichas actividades comerciales se lleven a cabo con fines lucrativos o no.

2) Las exclusiones de la aplicación del régimen de la insolvencia deben ser limitadas y estar claramente especificadas en la ley[7].

Jurisdicción

3) El régimen debe especificar qué deudores tienen una vinculación suficiente con un Estado para estar sujetos a su aplicación. Si bien el factor de conexión puede determinarse de distintas maneras, los criterios para determinar si un deudor puede estar sujeto al régimen han de ser, entre otros[8]:

a) el hecho de que el deudor tenga el centro de sus principales intereses en el Estado; o

b) el hecho de que el deudor tenga un establecimiento en el Estado.

4) El régimen debe establecer la presunción de que, salvo prueba en contrario, el centro de los principales intereses de una persona jurídica está en el Estado en que tiene su domicilio social y el centro de los principales intereses de una persona física está en el Estado en que tiene su residencia habitual.

5) El régimen ha de entender por "establecimiento" "todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios"[9].

6) El régimen debe indicar claramente (o remitir a la regla de derecho pertinente que determine) el tribunal competente para abrir y sustanciar procedimientos de

---

[6] No se pretende que la guía legislativa sea aplicable a la insolvencia de los Estados, las subdivisiones de los Estados, los municipios y a otros tipos de entidades similares, a menos que se trate de una "empresa pública".

[7] Las organizaciones altamente reguladas, como los bancos y las compañías de seguros, pueden requerir un tratamiento especial que puede enunciarse apropiadamente en un régimen de la insolvencia diferenciado o en disposiciones especiales del régimen general. Algunas empresas públicas, como las que llevan a cabo su actividad en sectores de importancia clave para la economía, también pueden ser excluidas.

[8] Esta recomendación tiene la finalidad de indicar los motivos mínimos y no exclusivos para abrir procedimientos de insolvencia. Otros ordenamientos jurídicos tienen en cuenta, entre otros criterios, la presencia de bienes. Véase el análisis del capítulo I.A.2 c) y de los párrafos 184 a 187 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, reproducida en el capítulo VII.

[9] Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, artículo 2 f).

insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el transcurso de dichos procedimientos.

B. Apertura del procedimiento

1. Introducción

100. El criterio que rige la apertura de un procedimiento es esencial para estructurar un régimen de la insolvencia. Como base para iniciar el procedimiento, ese criterio sirve para determinar cuáles son los deudores que estarán sujetos a la disciplina del régimen de la insolvencia y que podrán acogerse a su protección, y quién podrá presentar una solicitud de apertura, ya sea el deudor, los acreedores u otras partes interesadas.

101. Por regla general, es conveniente que el criterio que rige la apertura sea transparente y seguro, facilitando el acceso al procedimiento de insolvencia de manera adecuada, poco costosa y rápida, a fin de alentar a toda empresa insolvente o que se encuentre en dificultades a solicitar voluntariamente la apertura de un procedimiento. También sería conveniente que hubiera flexibilidad a la hora de elegir el tipo de procedimiento de insolvencia (reorganización o liquidación), que se dieran facilidades para recurrir al procedimiento que mejor corresponda a la situación del deudor, y que se previera la posibilidad de pasar de un tipo de procedimiento a otro. Toda dificultad de acceso podría desalentar tanto al deudor como a sus acreedores, y la consiguiente demora puede hacer mermar el valor de los bienes o impedir que prospere el procedimiento de insolvencia, especialmente en caso de reorganización. No obstante, la facilidad de acceso al procedimiento deberá compensarse con ciertas salvaguardias adecuadas para evitar que se abuse de él. Como ejemplos de abusos cabe citar la presentación de una solicitud de apertura por parte de un deudor que no está en dificultades financieras, con el único fin de acogerse a ciertas medidas de amparo previstas por el régimen de la insolvencia, tales como la paralización automática de toda acción judicial, o para evitar o demorar el pago a sus acreedores, así como la solicitud de apertura por parte de acreedores que sean competidores del deudor, con el fin de aprovechar el procedimiento para perturbar el negocio del deudor y obtener así una ventaja competitiva[10].

102. Los ordenamientos difieren en cuanto a los requisitos que deben cumplirse para que se pueda entablar un procedimiento de insolvencia. Algunos ordenamientos prevén criterios distintos para la apertura según si se solicita un procedimiento de liquidación o de reorganización o según si la solicitud es presentada por el deudor o por sus acreedores.

2. Criterios para la apertura del procedimiento

a) Criterio de la liquidez, la corriente de efectivo o el sobreseimiento general en los pagos

103. Un criterio muy difundido para decidir la apertura de un procedimiento de insolvencia es el de la liquidez, la corriente de efectivo o el sobreseimiento general

[10] Se volverá a esta cuestión al estudiarse los criterios para desestimar una solicitud de apertura y para sobreseer un procedimiento, en el capítulo I.B.5 d) y 8 de la segunda parte.

en los pagos. Este criterio presupone que la empresa deudora haya cesado en los pagos y que su corriente de efectivo sea insuficiente para atender al pago de sus obligaciones al ritmo al que vayan venciendo en el curso normal de su negocio. La situación de sobreseimiento general en los pagos de un deudor cabe deducirse del impago de alquileres, impuestos, sueldos de los empleados y prestaciones sociales que éstos perciben, así como de las cuentas adeudadas y de otros gastos esenciales de la empresa. Con este criterio, la determinación del sobreseimiento general en los pagos queda en manos de los acreedores. Posibilitar el recurso a este criterio tiene por objeto activar el procedimiento de insolvencia en una fase lo bastante temprana de la crisis financiera de la empresa deudora como para minimizar la dispersión eventual de sus bienes y evitar que los acreedores se precipiten y se posesionen de bienes, mutilando así el patrimonio de la empresa en detrimento colectivo de todos sus acreedores. Permitir que la apertura del procedimiento tenga lugar únicamente cuando el deudor pueda demostrar su situación de insolvencia mediante la presentación de su balance (que arroje un pasivo que supere su activo, conforme se examinará más adelante), tal vez sólo sirva para demorar lo inevitable y reducir la suma recuperable.

104. En relación con el criterio del sobreseimiento general en los pagos, conviene examinar si la incapacidad del deudor para pagar sus deudas a su vencimiento es sólo un indicio de dificultades pasajeras de corriente de efectivo o de liquidez en un negocio por lo demás viable. En un mercado competitivo como el actual, la competencia puede obligar a que los participantes acepten provisionalmente beneficios cada vez menores o incluso pérdidas temporales para llegar a ser competitivos y para conservar o incrementar su cuota de mercado. Si bien habrá que analizar los hechos en cada caso, es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca pautas para que los tribunales puedan determinar si se cumple o no el criterio para la apertura del procedimiento a fin de evitar que se declare prematuramente la insolvencia.

b) Criterio del balance de la empresa

105. En vez del sobreseimiento general en los pagos cabe prever el criterio del balance con un pasivo superior al activo como indicio de apuros financieros graves. Un inconveniente práctico del criterio del balance de la empresa es que, al basarse en datos proporcionados por el deudor, es muy difícil para las otras partes comprobar el estado financiero real del negocio del deudor hasta que su difícil situación llegue a ser incontrovertible y a menudo irreversible, por lo que no es un criterio suficientemente plausible para justificar la presentación de solicitudes de apertura por los acreedores. Además, este criterio puede dar una indicación equivocada sobre la situación financiera del deudor, debido a que se centra en la cuestión esencialmente contable del modo de la tasación de los bienes (por ejemplo, determinando el valor resultante de una liquidación a diferencia del valor como negocio en marcha) y plantea interrogantes sobre la fiabilidad del balance de la empresa deudora y sobre si éste puede considerarse como una indicación real de la solvencia del deudor, en particular si las normas de contabilidad o las técnicas de tasación dan resultados que no reflejan el justo valor de mercado[11] de los bienes del

[11] Por justo valor de mercado de la masa patrimonial de una empresa suele entenderse el precio que cabría normalmente obtener en una venta entre un comprador y un vendedor no vinculados entre sí, y en la que ni una ni otra parte se viera obligada, respectivamente, a comprar o a

deudor o cuando el mercado financiero no está lo bastante desarrollado ni tiene la suficiente estabilidad para que se pueda determinar ese valor. Lo mismo cabría decir, en particular, en el caso de una empresa de servicios que, valorada con arreglo a este criterio, resulte técnicamente insolvente debido a una falta de bienes, pese a ser, en ese momento, un negocio esencialmente viable. También puede darse el caso de que una empresa tenga un balance positivo a pesar de no tener la corriente de efectivo necesaria para mantener la actividad empresarial.

106. Además, la aplicación de este criterio puede dar lugar a demoras y dificultades de comprobación por exigirse a menudo un peritaje de los libros, cuentas y datos financieros del negocio[12] que determine el justo valor de mercado de la empresa, lo cual será particularmente difícil cuando esos libros no se lleven como es debido o no sean fáciles de consultar. Por todo ello, este criterio da lugar a menudo a que se abra el procedimiento cuando ya no es posible reorganizar la empresa, y puede restar margen al deudor para negociar colectivamente con sus acreedores mientras mantenga el negocio en marcha, con lo cual resultará imposible obtener el máximo valor de la masa. Así pues, no conviene recurrir únicamente al criterio del balance de la empresa para abrir un procedimiento, pues no es suficientemente fiable, y puede ser aconsejable combinarlo con el criterio del sobreseimiento general en los pagos. Con esta combinación, el criterio del balance de la empresa puede contribuir a definir la insolvencia centrándose en la cuestión de si los bienes, sin importar cómo se valoren, serán suficientes para pagar las deudas del deudor, incluidas las obligaciones que todavía no hayan vencido.

c) Formulación de los criterios de apertura

107. El derecho interno de la insolvencia suele recurrir al criterio del sobreseimiento general en los pagos en diversas combinaciones con el criterio del balance financiero de la empresa para determinar las condiciones de apertura de un procedimiento. Algunos regímenes internos aplican sin más el criterio del sobreseimiento general en los pagos, al exigir simplemente que el deudor sea incapaz de cumplir sus obligaciones a su vencimiento. Otros regímenes aplican ese mismo criterio pero con algunos requisitos suplementarios, por ejemplo, que el

---

vender. En ausencia de una venta efectiva, dicho valor pudiera resultar especulativo, ya que todo valor suele basarse en suposiciones hechas respecto de las condiciones de venta de los bienes negociados. A fin de reducir ese factor especulativo, se han introducido técnicas para determinar un valor aproximado basado en la venta de negocios o bienes similares, o en algún valor múltiplo del potencial de ganancia de una empresa. En mercados en los que ciertos bienes sean difíciles de vender por estar saturado el mercado o por no existir un mercado para dichos bienes, su valor será difícil de determinar.

[12] El valor contable de un bien es el importe señalado para dicho bien a efectos contables. Generalmente se obtiene de su valor original de adquisición, corrigiéndolo con una combinación de índices de depreciación, de amortización y de revalorización que darán como resultado un valor inferior, ajustado al precio actual en el mercado o, en ocasiones, una revalorización al alza de conformidad con los principios contables. Si bien existen unos principios contables de aceptación general, formulados por la Junta de Normas Internacionales de Contabilidad, es importante señalar que no existen directrices contables de aceptación universal que dispongan cómo deben valorarse los bienes a efectos contables. Además, el valor contable de los bienes a efectos de cuentas de administración puede no coincidir con el valor de los mismos bienes declarado en los estados financieros tras la auditoría de final de ejercicio. Así pues, el valor contable de los bienes puede diferir o ser totalmente distinto de la sumas que podrían obtenerse con la liquidación de los bienes para pagar a los acreedores.

sobreseimiento en los pagos sea reflejo de dificultades financieras no pasajeras, que la solvencia del deudor haya quedado en entredicho y que sea justo y oportuno proceder a la liquidación de la empresa deudora. Cuantos más requisitos se añadan a los criterios de apertura, más difícil será su cumplimiento, especialmente cuando esos requisitos sean subjetivos. Esto puede dar lugar a la impugnación de solicitudes, causando demoras, inseguridad y gastos. Por el contrario, los criterios relativamente sencillos y claros pueden resultar aplicables a más casos, pero ello puede quedar compensado por el hecho de que esos criterios son más fáciles de aplicar.

108. Otro enfoque consiste en combinar el criterio del sobreseimiento en los pagos con el del balance de la empresa. Cabe citar como ejemplo cuando se exige que el deudor, además de haber cesado en los pagos, se haya endeudado excesivamente; este endeudamiento excesivo se define a veces como la incapacidad de la empresa para pagar sus deudas a su vencimiento debido a que su patrimonio es inferior a sus deudas. Un enfoque en que se combinen los dos criterios puede favorecer la apertura del procedimiento cuando no exista información de que el deudor haya dejado de pagar todas sus deudas y puede ayudar a dilucidar mejor la situación financiera actual y futura del deudor. El criterio del estado financiero o balance de la empresa puede facilitar, por ejemplo, que se tomen en consideración las deudas no vencidas que, de otro modo, no se tendrían en cuenta con arreglo al criterio del sobreseimiento general en los pagos, pero que serían muy importantes, por ejemplo, para propiciar el éxito de una reorganización.

109. Un régimen de la insolvencia puede aplicar un único criterio para la insolvencia. Si se opta por el criterio del sobreseimiento en los pagos, se dispondrá de un mecanismo eficiente para iniciar procedimientos de insolvencia; por otra parte, como se ha señalado anteriormente, el criterio del estado financiero o balance de la empresa presenta una serie de inconvenientes y no conviene adoptarlo como criterio único. El régimen de la insolvencia puede establecer también una norma que prevea tanto el criterio del sobreseimiento en los pagos como el del estado financiero o balance de la empresa. Cuando se adopte este enfoque, podrá abrirse un procedimiento cuando se cumpla cualquiera de los dos criterios.

i) Insolvencia inminente (falta previsible de liquidez)

110. El derecho interno de algunos países en los que sólo se aplica el criterio del sobreseimiento en los pagos faculta asimismo al deudor para solicitar la apertura de un procedimiento si su empresa se encuentra en situación de insolvencia inminente o de falta previsible de liquidez, y el deudor se vea en la imposibilidad de pagar sus deudas a su vencimiento. En algunos casos, esa situación puede ser breve, pero en otros puede durar mucho más, en función del tipo de las obligaciones a satisfacer. Como supuestos determinantes de esa imposibilidad, cabe citar el caso de un deudor obligado a efectuar pagos de reembolso de bonos durante un largo período que su empresa no podrá atender, o el caso de un deudor que sea objeto de una demanda colectiva de daños y perjuicios que sepa que va a prosperar y cuyo importe acumulativo exceda de lo que su empresa pueda pagar.

ii) Tipos de procedimiento que cabe solicitar

111. La segunda dimensión del criterio de apertura es la referente al tipo de procedimiento que se desee abrir (véase también el capítulo II de la primera parte).

En algunos ordenamientos, el criterio de apertura, ya esté basado en el sobreseimiento en los pagos o en el estado del balance financiero de la empresa, puede servir para la apertura de procedimientos tanto de liquidación como de reorganización. Cuando un acreedor haya optado por solicitar la liquidación de la empresa, el régimen de la insolvencia faculta a veces al deudor para solicitar que el procedimiento de liquidación sea convertido en uno de reorganización. En otros regímenes, que dan primacía a la reorganización, deberá abrirse un procedimiento de reorganización de la empresa, que, sin embargo, podrá transformarse en un procedimiento de liquidación si se demuestra que la empresa deudora no es susceptible de reorganización. Conforme a un tercer enfoque, en la solicitud de apertura no se especifica el tipo de procedimiento y no se decide si se seguirá la vía de la liquidación o la de la reorganización hasta después de efectuarse una evaluación de la situación financiera del deudor.

3. Liquidación

a) Partes habilitadas para presentar una solicitud

112. Los regímenes de la insolvencia suelen permitir que la solicitud de apertura de un procedimiento de liquidación sea presentada por el deudor, por uno o más acreedores o por una autoridad pública; también suelen prever la apertura por imperio de la ley, es decir, cuando el deudor incumple algún requisito legal (por ejemplo, el de mantener el activo de la empresa por encima de cierto nivel), en cuyo caso la apertura es automática.

b) Apertura a instancia del deudor

113. Muchos ordenamientos prevén el criterio del sobreseimiento general en los pagos para la solicitud por el deudor de la apertura de un procedimiento de liquidación. Dado que en la práctica el deudor sólo solicitará la apertura de un procedimiento de liquidación como medida de última instancia, en situaciones de graves dificultades financieras, algunos regímenes permiten que el deudor presente una solicitud motivada por una cesación del pago de sus deudas a su vencimiento, o mediante una simple declaración de su situación financiera en la que notifique que su empresa no puede pagar sus deudas o no tiene la intención de hacerlo (declaración que, en el supuesto de una persona jurídica, deberán hacer los consejeros u otros miembros de su órgano rector). Existe al menos un régimen de la insolvencia en que el deudor no tiene que hacer ninguna declaración sobre el estado financiero de su empresa. En tal caso, independientemente de la carga de la prueba que se imponga al deudor, el régimen de la insolvencia deberá regular y distinguir entre, por un lado, las situaciones en que se dé por sentada la aceptación de la declaración financiera del deudor, siempre que no haya habido objeciones por parte de los acreedores y, por otro lado, las situaciones en que se haya de interrogar al deudor sobre su situación financiera, debido a que existan dudas al respecto o porque los acreedores se hayan opuesto a la apertura del procedimiento. En cierta medida, estos problemas pueden resolverse en el marco de la tramitación de la apertura del procedimiento. Cuando, por ejemplo, se solicite al tribunal, que se pronuncie sobre la apertura del procedimiento, el tribunal tendrá la oportunidad de examinar la solicitud y los acreedores podrán formular objeciones durante la vista. Cuando a raíz de la solicitud deba abrirse automáticamente un procedimiento, los acreedores y otras partes interesadas tendrán aún la posibilidad de formular objeciones, incluso después de la apertura del procedimiento (véanse las

secciones 5 b) y 8 *infra*). En ambos casos, podrá examinarse todo intento de utilizar indebidamente el procedimiento de la solicitud.

i) Obligación eventual del deudor de presentar una solicitud de apertura

114. La posibilidad de que la apertura se efectúe a instancia del deudor suscita la cuestión de si debe o no obligarse al deudor a solicitar la apertura de un procedimiento cuando el deterioro de su situación financiera llegue a un determinado punto. No existen pareceres unánimes al respecto. Ciertos regímenes de la insolvencia o de gestión empresarial exigen al deudor presentar una solicitud dentro de un plazo (que puede variar entre 15 y 60 días) a partir del momento en que haya suspendido el pago de sus deudas a su vencimiento o a partir del momento en que su balance financiero le haya permitido ver su estado de endeudamiento excesivo. En algunos regímenes se definen los criterios para la determinación del sobreseimiento en los pagos, por ejemplo, por referencia a todo estado bancario por el que se vea que el deudor ha suspendido el pago de cierto porcentaje de su deuda total durante un cierto plazo, por ejemplo de dos meses. En caso de liquidación, ese deber serviría de salvaguardia para los créditos de los acreedores al evitar una mayor dispersión de los bienes del deudor y, en caso de reorganización, mejoraría las probabilidades de éxito al alentarse la pronta apertura del procedimiento. Este deber puede ser particularmente oportuno en países en donde los acreedores descuiden su interés en abrir prontamente un procedimiento. Ahora bien, a juzgar por la experiencia de algunos países, la imposición al deudor de una obligación de presentar una solicitud tras un cierto número de días o de semanas de haber suspendido el pago de sus obligaciones puede dar lugar a que algún deudor presente una solicitud sin estar realmente en una situación de insolvencia (y que no justifiquen, por ello, una reorganización o liquidación de su empresa). En algunos países, ese deber del deudor ha sobrecargado la infraestructura encargada de tramitar las causas de insolvencia, al no estar suficientemente desarrollada para hacer frente al consiguiente aumento de las solicitudes.

115. La imposición de ese deber al deudor puede además suscitar dificultades prácticas sobre cuándo y cómo debe solicitar la apertura de un procedimiento formal, particularmente cuando toda demora puede hacer incurrir en responsabilidad a ciertos cargos de la empresa deudora, como los miembros de su principal órgano rector o sus directivos. En esos supuestos, el deudor podría renunciar a otras formas de resolver sus dificultades financieras, tales como un acuerdo de reorganización extrajudicial, que en algunos casos[13] facilitarían la salida de la crisis. Además, todo deber de solicitar la apertura sería inoperante si no se previeran ni ejecutaran sanciones por su incumplimiento. Para alentar al deudor a decidirse pronto a solicitar un procedimiento, tal vez sería más eficaz concederle incentivos, como la paralización eventual de toda medida ejecutoria o judicial en su contra (véase el capítulo II.B), que imponerle sanciones por haber incumplido la obligación de solicitar la apertura de un procedimiento.

c) Apertura a instancia de uno o más acreedores

116. En muchos regímenes de la insolvencia se exige, para la apertura de un procedimiento de liquidación de los bienes del deudor a instancia de los acreedores,

[13] Esta cuestión se examina con más detalle en el contexto de los procedimientos agilizados de reorganización y de los criterios de apertura pertinente, véase el capítulo IV.B de la segunda parte.

que el deudor haya cesado los pagos, a menudo con el requisito adicional de que gran parte de la deuda por pagar no sea controvertida ni esté vinculada a contraprestación alguna. Unos cuantos países exigen además que la deuda haya sido refrendada por una resolución judicial. Si se supedita la apertura a instancia de los acreedores al criterio del sobreseimiento general en los pagos, cabe prever dificultades a la hora de aportar pruebas. Si bien es posible que los distintos acreedores puedan demostrar que el deudor no ha pagado uno o más de sus respectivos créditos, es probable que no les sea tan fácil presentar pruebas del sobreseimiento general en los pagos. Convendría que fuera relativamente sencillo presentar pruebas adecuadas para establecer una presunción de insolvencia del deudor, sin necesidad de imponer a una carga probatoria excesiva. Al tratar de definir un umbral de prueba suficiente para acreditar un sobreseimiento general en los pagos que esté al alcance de los acreedores, tal vez baste, como indicio objetivo del sobreseimiento, probar que el deudor no ha pagado alguna deuda vencida una vez transcurrido un determinado plazo después de una reclamación escrita de pago o una vez transcurrido cierto plazo a partir del vencimiento de la deuda. Algunos regímenes aplican este criterio, con una gama de plazos que oscila de unos ocho días a 24 semanas en supuestos en los que se exija la presentación por el acreedor de una reclamación oficial del pago. Otros regímenes han previsto además que la solicitud pueda ser presentada a raíz de una tentativa frustrada de cobro, exigiendo el transcurso de cierto plazo, tal vez de hasta tres meses, previo a la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento. Cuando haya que fijar plazos en la ley, puede ser conveniente que éstos sean breves, a fin de cumplir los objetivos primordiales de facilitar el acceso al procedimiento de insolvencia y de preservar el valor de los bienes.

117. Los acreedores cuyos créditos no hayan vencido tienen asimismo un interés legítimo en la apertura de un procedimiento de insolvencia. Esto puede ser particularmente cierto, por ejemplo, respecto de los titulares de créditos a largo plazo que, de exigirse como requisito de apertura el vencimiento previo de su deuda, tal vez nunca adquieran el derecho a solicitar la apertura de un procedimiento, pese a ser ya evidente que el deudor no podrá cumplir la obligación pertinente a su vencimiento. El régimen de la insolvencia podría prever que el incumplimiento del pago de una parte de una deuda a largo plazo diera al acreedor afectado el derecho a solicitar la apertura. Ahora bien, si se permite la presentación de una solicitud de apertura en esas circunstancias, se plantearán dificultades a la hora de aportar pruebas, particularmente sobre si el incumplimiento de un solo pago fraccionado puede ilustrar la situación financiera del deudor. Si el régimen de la insolvencia ofrece a los titulares de créditos no vencidos la posibilidad de presentar una solicitud de apertura, deberá sopesarse la necesidad de exigir una prueba suficiente teniendo en cuenta el objetivo de favorecer la apertura en condiciones convenientes, económicas y de fácil acceso. Estos problemas podrían resolverse adoptando un criterio en el que se combine el del sobreseimiento en los pagos con el del balance de la empresa.

118. Además de los requisitos del sobreseimiento en los pagos, del vencimiento de la deuda o deudas impagadas y de reclamaciones de su pago no controvertidas, en algunos países se exigen otros requisitos, como por ejemplo que la solicitud sea presentada por más de un acreedor (cuyos créditos tal vez no hayan de estar garantizados ni ser controvertidos), que sean titulares de créditos que, además de

haber vencido, supongan cierta cuota del endeudamiento total (o que sea presentada por cierto número de acreedores cuyos créditos supongan cierta cuota del valor global del endeudamiento).

119. La razón por la que se acostumbra a exigir esos requisitos suele ser la de minimizar el riesgo de que un único acreedor, particularmente cuando esa deuda sea relativamente pequeña, o un reducido número de acreedores cuyos créditos representen sólo una pequeña parte del pasivo del deudor, traten de utilizar el procedimiento de insolvencia como sucedáneo del mecanismo normal para la ejecución de su deuda. Ahora bien, los argumentos a favor de dicho criterio habrán de sopesarse teniendo en cuenta el objetivo de facilitar un acceso rápido y sencillo al procedimiento de insolvencia. El problema del posible abuso del procedimiento de la insolvencia podría eliminarse exigiendo que el crédito de ese único acreedor sea de cierta magnitud (aun cuando la imposición de un umbral cuantitativo tal vez no sea una solución óptima, dado que las fluctuaciones monetarias pueden obligar a modificar el texto de la ley) o requiriendo al deudor que presente al tribunal toda información que sea necesaria para determinar si el impago de esa deuda es fruto de una controversia con ese acreedor o si constituye efectivamente un indicio de falta de liquidez de la empresa deudora. Esa preocupación por los posibles abusos de la apertura de un procedimiento también puede afrontarse tratando de evitar que se produzcan tales abusos, y no elaborando un criterio de apertura complejo que pueda perjudicar a todos los deudores legitimados para solicitar la apertura, y estableciendo determinadas consecuencias, como el deber de indemnizar al deudor por todo perjuicio que se le haya causado. Esa indemnización deberá cubrir no sólo las costas procesales y los gastos ocasionados al deudor, sino también todo perjuicio comercial que haya sufrido su negocio.

d) Apertura a instancia de una autoridad pública

120. En el supuesto de que una autoridad pública sea también un acreedor, deberá tener el mismo derecho que cualquier otro acreedor a iniciar un procedimiento de liquidación. Ese derecho se confiere generalmente a una determinada autoridad pública (habitualmente al ministerio fiscal o su equivalente) o a alguna otra autoridad supervisora, que a efectos de apertura debe cumplir, en general, los mismos criterios que los demás acreedores.

121. Algunos regímenes prevén, además, que las autoridades públicas o supervisoras pueden hacer uso del régimen de la insolvencia para paralizar la actividad de una empresa en circunstancias en que, aunque dicha autoridad no sea un acreedor, el cierre de la empresa se considere de interés público. En este supuesto, no siempre es preciso demostrar la falta de liquidez de una empresa para que cierta autoridad pueda poner término a las operaciones de toda empresa que realice actividades generalmente de carácter fraudulento o delictivo o que infrinja gravemente obligaciones reglamentarias o cuando se dé una combinación de tales circunstancias. Dado que esa facultad puede dar pie a abusos cuando el caso no tenga relación con la insolvencia y cuando se definan las razones de interés público con criterios muy amplios, es muy conveniente que las autoridades sólo puedan ejercer esa facultad en circunstancias muy limitadas y únicamente como último recurso cuando no haya otras leyes que permitan resolver el caso. Entre esas circunstancias limitadas cabría prever el recurso a la insolvencia en combinación con otras leyes, como las relativas al blanqueo de dinero o a la reglamentación de

los valores bursátiles, cuando no se exija demostrar la insolvencia. También cabría permitir que las autoridades actuaran cuando la insolvencia fuera patente y fuera preciso defender los intereses de un gran número de pequeños acreedores, cuyos créditos no fueran suficientemente cuantiosos para poder solicitar la apertura de un procedimiento, pero que, no obstante, se vieran perjudicados por las actividades del deudor.

122. Cabría asimismo prever ciertas salvaguardias cuando se pudiera recurrir al régimen de la insolvencia en las mencionadas condiciones. Por ejemplo, podría requerirse una investigación preliminar de los negocios del deudor; también podrían otorgarse medidas cautelares, como la paralización de ciertas actuaciones y el nombramiento de un representante provisional de la insolvencia, a fin de impedir que se produzcan irregularidades mientras el tribunal decide las medidas que han de adoptarse con respecto a la empresa. Por lo general, las autoridades sólo podrían ejercer esas facultades suplementarias para abrir un procedimiento de liquidación, aun cuando en circunstancias excepcionales fuera posible, con ciertos controles, pasar de la liquidación a la reorganización. Esa transformación sólo sería posible, por ejemplo, si el negocio en sí es lícito y si la gestión de la empresa deudora es asumida por un representante de la insolvencia o por alguna entidad pública.

4. Reorganización

a) Partes habilitadas para solicitar la apertura

123. Tratándose de la apertura de procedimientos de reorganización, los regímenes de la insolvencia prevén soluciones más variadas que en la liquidación con respecto a las partes legitimadas para solicitar la apertura, y varios regímenes sólo permiten al deudor solicitar una reorganización.

b) Apertura a instancia del deudor

124. Uno de los objetivos del procedimiento de reorganización es instituir un marco que aliente a los deudores a afrontar sus dificultades financieras antes de que sea demasiado tarde para permitir que la empresa continúe sus actividades en beneficio tanto del deudor como de los acreedores. De acuerdo con este objetivo, cabría establecer un criterio más flexible que el criterio de apertura para la liquidación, que no exija que el deudor llegue al extremo del sobreseimiento general en los pagos para poder presentar la solicitud, sino que le permita hacerlo cuando se encuentre en dificultades financieras que, de no ser resueltas, pudieran llevarle a la insolvencia. Los criterios para la apertura de un procedimiento de reorganización a instancia del deudor varían de un país a otro. En algunos países, no se exige que se cumpla ningún criterio sustantivo específico, sino que el deudor podrá presentar su solicitud cuando lo estime oportuno; sólo se le exige que presente una simple solicitud ante el tribunal competente. Otros ordenamientos, en particular aquellos que prevén la apertura de un procedimiento unitario o inicialmente indiferenciado (véase el capítulo II.D de la primera parte), facultan al deudor para presentar su solicitud si prevé que, en algún momento futuro, pudiera no estar en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento (falta de liquidez o insolvencia inminente o previsible). En algunos países se exige además que haya indicios de una probabilidad real o razonable de que la empresa deudora supere la crisis, o de que sea económicamente viable.

125. Cabe sostener que un criterio de apertura menos estricto puede inducir al deudor a abusar del procedimiento de insolvencia. Por ejemplo, podría suceder que un deudor solicitara la apertura de un procedimiento sin estar en dificultades financieras y presentara un plan de reorganización que le permitiera eludir ciertas obligaciones onerosas, como determinados contratos laborales, renegociar su deuda o recurrir a evasivas y privar con ello a sus acreedores del pago puntual y completo de sus deudas. Conviene distinguir entre esta situación y las situaciones en que habría que alentar al deudor a solicitar la apertura de un procedimiento, por ejemplo, cuando, a consecuencia del pago de las deudas vencidas, el deudor experimentara dificultades financieras que pudieran conducir a una situación de insolvencia en que se cumplieran los criterios de insolvencia inminente o de falta previsible de liquidez (véase el capítulo I.B.2 c) i) *supra*), aun cuando no fuera realmente insolvente en el momento de presentar la solicitud. En otras palabras, si existe un motivo financiero que justifique la solicitud. El riesgo de que un deudor abuse así de un procedimiento de reorganización dependerá del criterio exigido para su apertura, de cómo se haya de preparar el plan de reorganización, del control que se le deje al deudor de su negocio tras la apertura del procedimiento y de las sanciones previstas contra todo recurso indebido a este procedimiento. Como ya se ha indicado, puede ser preferible que el régimen de la insolvencia se concentre en desalentar los abusos del procedimiento, en vez de establecer criterios más estrictos para la apertura que puedan perjudicar a quienes cumplan los requisitos para solicitar la apertura. Para evitar que el deudor recurra indebidamente al procedimiento, el régimen de la insolvencia podría, por ejemplo, disponer que el foro competente esté facultado para desestimar la solicitud presentada y que, en tal caso, el deudor incurra en responsabilidad frente a sus acreedores por los gastos dimanantes del procedimiento y por todo daño ocasionado que sea imputable a la solicitud presentada.

c) Apertura a instancia de los acreedores

126. Si bien el régimen de la insolvencia suele prever que el procedimiento de liquidación pueda ser iniciado tanto por un acreedor como por un deudor, no existe ningún consenso sobre si un procedimiento de reorganización puede ser también iniciado por un acreedor y, como se ha indicado anteriormente, algunos regímenes prevén únicamente su apertura a instancia del deudor. Dado que uno de los objetivos del procedimiento de reorganización es incrementar el valor de los bienes, acrecentando así la suma que pueden percibir los acreedores en concepto de sus créditos, gracias a la reorganización de la empresa deudora con miras a asegurar la marcha ininterrumpida del negocio, es conveniente que la facultad de solicitar la apertura no sea exclusiva del deudor. La apertura a instancia de los acreedores se justifica también por los posibles casos en que el deudor no desee o no pueda solicitar la apertura debido, por ejemplo, a que los directivos de su empresa han renunciado a sus cargos. Dotar a los acreedores de esa facultad será también un factor determinante a la hora de decidir si se ha de facultar asimismo a los acreedores para proponer un plan de reorganización (véase el capítulo IV). En algunos países se sigue el criterio de que, dado que en muchos casos los acreedores serán los principales beneficiarios del éxito de una reorganización, debe dárseles la oportunidad de proponer el plan. De seguirse ese criterio, parece razonable que los acreedores estén también facultados para presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de reorganización.

127. En los regímenes de la insolvencia que permiten a los acreedores solicitar la reorganización de la empresa deudora se prevén diversos criterios para la apertura de un procedimiento. Uno de los enfoques consiste en exigir el mismo criterio, en particular el de la falta previsible de liquidez, que para una solicitud de reorganización a instancia del deudor. En otros regímenes, en cambio, no se considera justificable prever el mismo criterio, no sólo por la dificultad que tendrían los acreedores para probar que el deudor cumple el requisito de la falta previsible de liquidez, sino también por estimarse, en general, improcedente abrir cualquier tipo de procedimiento de insolvencia contra la voluntad del deudor, a menos que los acreedores puedan demostrar que ya se han perjudicado sus derechos.

128. Para superar los problemas que plantea la apertura de un procedimiento de reorganización a instancia de los acreedores, algunos regímenes exigen a los acreedores que demuestren ciertos factores, además de la insolvencia. Por ejemplo, que se dispondrá de liquidez suficiente para mantener la marcha normal del negocio durante su reorganización, que se apoyará el procedimiento con el valor de los bienes y que la tasa de reembolso de los créditos de los acreedores en la reorganización de la empresa será probablemente mayor que si se recurriera a su liquidación. Uno de los inconvenientes obvios de estos enfoques es que no permiten que los acreedores presenten su solicitud sin antes haber efectuado una evaluación a fondo del negocio de la empresa deudora. Esta evaluación puede depender a su vez de que se obtenga información pertinente del deudor que sea lo suficientemente fiable para facilitar la evaluación. Para paliar esos problemas cabe prever, por ejemplo, que, en caso de presentación de una solicitud por parte de acreedores, sea una autoridad independiente quien se encargue de evaluar la situación financiera del deudor. De este modo se aseguraría que sólo se abrieran procedimientos cuando procediera. Sin embargo, debe procurarse que esos requisitos suplementarios no compliquen el procedimiento de solicitud de tal modo que los acreedores renuncien a proponer una reorganización y propugnen la vía más fácil de la liquidación o se demore la apertura del procedimiento, lo que haría difícil obtener el máximo valor de los bienes de la empresa y restaría probabilidades de éxito a su reorganización. Asimismo, conviene evitar que los competidores del deudor aprovechen su situación de insolvencia para obtener información comercial delicada o confidencial o para perturbar su actividad comercial imponiendo requisitos injustificables en la evaluación de su situación financiera.

129. En algunos regímenes de la insolvencia se aplica una variante del criterio del sobreseimiento en los pagos, y se exige que la solicitud sea presentada por cierto número de acreedores o por acreedores que sean titulares de créditos ya vencidos por determinado valor, o ambos requisitos a la vez. En otros ordenamientos se exige que los acreedores depositen, al presentar su solicitud, una fianza o efectúen un pago para cubrir las costas de la apertura del procedimiento[14]. Cabría argumentar que esos requisitos adolecen de los mismos inconvenientes señalados anteriormente respecto de los requisitos que exigen la disponibilidad de medios suficientes para lograr una reorganización satisfactoria.

[14] La suma abonada o depositada tal vez deba cubrir asimismo la remuneración del representante de la insolvencia (véase, el capítulo III.B de la segunda parte, y también lo relativo a las costas del procedimiento de insolvencia, en el capítulo I.B.6 de la segunda parte).

130. La cuestión de la complejidad o sencillez relativa de los criterios requeridos para la apertura de un procedimiento está estrechamente vinculada a la cuestión de los efectos que ha de tener la apertura de un procedimiento de insolvencia y su sustanciación. Los regímenes de la insolvencia que prevén la paralización automática de todas las actuaciones a raíz de la apertura de un procedimiento dan margen, por ejemplo, para evaluar las posibilidades de proseguir el negocio y de reorganizar la empresa con éxito tras la apertura del procedimiento (y cabrá convertir el procedimiento en liquidación cuando se estime inadecuada la vía de la reorganización, si la ley lo permite). En otros ordenamientos, esa evaluación debe hacerse antes de presentarse la solicitud de apertura, ya que para poder optar por un procedimiento de reorganización deberá ser previsible que dicho procedimiento reportará a los acreedores una tasa de reembolso mayor que la liquidación de la empresa.

131. Por los motivos examinados en párrafos anteriores, tal vez sea oportuno imponer un mismo criterio para la apertura de uno u otro procedimiento a instancia de los acreedores (es decir, el criterio del sobreseimiento general en los pagos). Este criterio se ajustaría tanto a los regímenes que prevén dos tipos de procedimientos como a los que prevén un procedimiento unitario (véase el capítulo II.D de la primera parte), ya que así la imposición de un criterio distinto para la apertura no dependerá tanto del tipo de procedimiento que se vaya a abrir como de que el procedimiento se abra a instancia del deudor o a instancia de sus acreedores. La excepción a la regla, de que un mismo criterio sea aplicable a la apertura de uno u otro tipo de procedimiento, se da en aquellos ordenamientos que, por ser favorables a la reorganización, prohíben que tanto el deudor como sus acreedores soliciten la apertura de un procedimiento de liquidación mientras no se haya determinado que la reorganización es imposible. En este caso, el criterio para la apertura de un procedimiento de liquidación no sería el del sobreseimiento general en los pagos, sino la determinación de que la reorganización de la empresa no podrá prosperar.

5. Cuestiones de índole procesal

a) Presentación de la solicitud de apertura de un procedimiento

132. El régimen de la insolvencia debe especificar cómo habrá de iniciarse un procedimiento de insolvencia. A menudo se exige que la solicitud sea presentada ante un determinado tribunal, si bien pueden darse otros supuestos como el de prever que el procedimiento sea abierto mediante una declaración del deudor presentada ante el órgano regulador de empresas o actividades empresariales. Ello suscita la cuestión de la intervención judicial en el procedimiento de insolvencia, que se examina en la primera parte. La forma de iniciar un procedimiento puede depender, además del régimen de la insolvencia, de otras ramas del derecho, como el derecho constitucional (que puede regular, por ejemplo, las funciones de los tribunales y de los órganos administrativos, así como cuestiones de competencias), el derecho procesal (en particular las normas procesales) o el derecho de sociedades.

b) Decisión de apertura de un procedimiento de insolvencia

133. La primera cuestión consiste en dilucidar cómo se declara abierto un procedimiento una vez presentada la solicitud. En muchos países, el foro competente determina, en función de la solicitud presentada, si se dan los requisitos para declarar abierto el procedimiento. En algunos países, esa determinación podrá

también efectuarla un órgano administrativo competente o un tribunal, que desempeñe además una función supervisora básica en el curso del procedimiento. Sin embargo, la cuestión esencial no está en saber cuál es el órgano competente para adoptar la decisión de iniciar el procedimiento sino cómo deberá proceder dicho órgano para aprobar una solicitud y abrir el consiguiente procedimiento. El establecimiento de condiciones sencillas para el acceso al procedimiento de insolvencia no sólo facilitará la evaluación de la solicitud de apertura por el tribunal u otro órgano, al restar complejidad al proceso decisorio y eventualmente al agilizarlo, sino que reducirá asimismo las costas del procedimiento, dándole además mayor transparencia y previsibilidad. También es menos probable que esa mayor facilidad de acceso suponga una carga para los ordenamientos que carezcan de suficiente capacidad institucional o de competencia técnica para llevar a cabo investigaciones complejas que exijan una considerable pericia comercial y empresarial. La cuestión de las costas procesales y de otros gastos relacionados con el acceso al procedimiento de insolvencia son de particular importancia cuando se trata de pequeñas y medianas empresas. Otro factor que conviene señalar con respecto al procedimiento de apertura es la tendencia reciente que existe en algunos regímenes de la insolvencia a reconocer al deudor el derecho fundamental a ser oído por el tribunal o el órgano competente para examinar las solicitudes de apertura de procedimientos, independientemente de que sean presentadas a instancia del deudor o de los acreedores.

134. Al definir los requisitos para la apertura, algunos regímenes de la insolvencia establecen una distinción en función de si la solicitud de apertura es presentada por el deudor por el acreedor. En algunos regímenes, toda solicitud de apertura presentada por el deudor se equipara a un reconocimiento de su estado de insolvencia, que da lugar automáticamente a la apertura de un procedimiento, salvo que se demuestre que el deudor trata de recurrir indebidamente al régimen de la insolvencia. En cambio, cuando la solicitud es presentada por un acreedor, esos regímenes prevén que el tribunal deberá comprobar si se cumplen los criterios de apertura requeridos antes de declarar abierto el procedimiento. Este requisito tiene principalmente la finalidad de evitar los abusos por parte de los acreedores u otras partes interesadas. Conforme a otros ordenamientos, tanto si la solicitud es presentada por el deudor como por los acreedores, el tribunal deberá determinar no sólo si se dan o no las condiciones de acceso al procedimiento, sino también si el tipo de procedimiento solicitado es el más adecuado para hacer frente a las dificultades del deudor.

135. Cuando la situación que haya que evaluar sea compleja, es posible que transcurra cierto tiempo entre la solicitud y la apertura del procedimiento y durante ese tiempo el deudor siga realizando operaciones e incremente su endeudamiento para preservar su liquidez, y cabe también que el patrimonio del deudor se vea mermado a resultas de actuaciones judiciales emprendidas por los acreedores. Cuando se solicite a un tribunal que evalúe diversas cuestiones previas a la apertura del procedimiento, cabe soslayar esas demoras disponiendo, en primer lugar, que la evaluación se efectúe tras la apertura del procedimiento a fin de que el tribunal sea asistido por el representante de la insolvencia y otros peritos y, en segundo lugar, que el procedimiento de liquidación se pueda transformar ulteriormente en otro de reorganización, o viceversa. De seguirse ese criterio, el régimen de la insolvencia deberá definir claramente la paralización (véase el capítulo II.B), el orden de

prelación de las deudas contraídas (véase el capítulo V.C.1 b)) y las facultades del deudor para disponer de sus bienes durante el período de evaluación (véase el capítulo II.A.2), así como el tratamiento de toda operación no permitida que se efectúe durante dicho período (véase el capítulo II.F).

c) Plazo para adoptar la decisión de apertura del procedimiento

136. Cuando corresponde a un tribunal declarar abierto un procedimiento, es conveniente que el tribunal adopte su decisión con prontitud para dar mayor certidumbre y previsibilidad al proceso decisorio y para que puedan iniciarse las actuaciones con eficiencia y sin demoras. Esto será de particular importancia en el caso de una reorganización llevada a cabo para evitar que siga disminuyendo el valor de los bienes y para mejorar las posibilidades de lograr una reorganización satisfactoria. Algunos regímenes de la insolvencia prescriben un cierto plazo para decidir la apertura del procedimiento a partir de la fecha de su solicitud. En esos se regímenes se distingue con frecuencia entre las solicitudes de apertura presentadas por los deudores y las presentadas por los acreedores. Existe una tendencia a resolver más rápidamente las primeras. Todo plazo adicional previsto para la solicitud presentada por un acreedor tiene por objeto dar margen para que el deudor pueda ser notificado y pueda responder oportunamente a la solicitud.

137. Aun cuando esos plazos obren en aras de la certidumbre y de la transparencia del procedimiento tanto para el deudor como para sus acreedores, esa ventaja habrá de ser sopesada teniendo en cuenta sus posibles inconvenientes. Por ejemplo, la falta de flexibilidad de un plazo fijo puede impedir resolver las dificultades del caso. Ese plazo puede resultar arbitrario si no tiene en cuenta los medios de que dispone el órgano encargado de supervisar el procedimiento, ni sus prioridades locales (especialmente cuando dicho órgano haya de ocuparse de otras cuestiones, además de la insolvencia). Tal vez sea difícil obligar al órgano supervisor a respetar el plazo fijado y prever las consecuencias adecuadas para cuando no lo respete. El tiempo previsto entre la presentación de una solicitud y la declaración de apertura también debe estar en función del tipo de procedimiento solicitado, de los trámites a seguir para la solicitud y de las consecuencias de la declaración de apertura en cada régimen. Por ejemplo, la obligación de notificar a los interesados y de reunir información antes de la apertura y los plazos para hacerlo pueden variar de un régimen a otro. Por todo ello, es conveniente que el régimen de la insolvencia adopte un criterio flexible que favorezca la rapidez del proceso decisorio, marcando al respecto ciertas pautas razonables, pero que dé margen para toda limitación y las prioridades del caso.

d) Desestimación de una solicitud de apertura

138. En los párrafos anteriores se mencionan supuestos en los que es conveniente que, cuando se solicite al tribunal la apertura de un procedimiento, el tribunal esté facultado para desestimar una solicitud de apertura, ya sea por haberse recurrido indebidamente al régimen de la insolvencia o por razones técnicas de incumplimiento del criterio de apertura. Los ejemplos mencionados se referían a solicitudes tanto del deudor como del acreedor. Entre los principales motivos para desestimar una solicitud por razones técnicas cabe citar los siguientes supuestos: cuando el deudor no cumple los criterios de apertura; cuando la deuda impagada es objeto de una controversia legítima o contrarrestada por una demanda de compensación de igual o mayor importe que el de la deuda invocada; cuando el procedimiento carece de objeto debido a que, por ejemplo, el valor del crédito garantizado supera al de los bienes; y cuando el deudor carece de bienes suficientes para pagar la administración de la insolvencia y el régimen no prevé ninguna otra disposición que regule a la administración de esos patrimonios.

139. Como ejemplos de uso indebido cabe citar los casos en que el deudor solicita un procedimiento de insolvencia para evadirse y privar injustificadamente a sus acreedores del pago oportuno de sus créditos o para liberarse de alguna obligación onerosa, como las de los contratos laborales. Cuando la solicitud es presentada por un acreedor, cabe mencionar también los casos en que el acreedor recurre indebidamente a la insolvencia en vez de seguir la vía ejecutoria normal (tal vez demasiado lenta); cuando pretende eliminar alguna empresa competidora del mercado; o cuando intenta obtener algún trato preferente coaccionando al deudor (cuando el deudor haya concedido algún trato preferente y sea insolvente, la investigación sería una función clave del procedimiento de insolvencia).

140. Como se indica anteriormente, de haber indicios de un recurso indebido al procedimiento de insolvencia, ya sea por el deudor o por sus acreedores, el régimen de la insolvencia podrá prever, además de la desestimación de la solicitud de apertura, la imposición de sanciones contra la parte que haya recurrido indebidamente al procedimiento, o disponer que esa parte pague las costas o incluso indemnice a la otra parte por el perjuicio causado. Cabe también regular esos supuestos en otras leyes al margen del régimen de la insolvencia.

e) Notificación de la solicitud y de la apertura

141. La notificación de una solicitud de apertura de un procedimiento y de la apertura del procedimiento de insolvencia es un factor esencial para el logro de diversos objetivos del régimen de la insolvencia, al salvaguardar la transparencia de dicho procedimiento y al asegurar que se informe debidamente y por igual a todas las partes afectadas: a los acreedores, en caso de solicitud de apertura a instancia del deudor, y al deudor, en el caso de solicitud de apertura a instancia de sus acreedores.

i) Solicitudes presentadas por el deudor - Notificación de los acreedores

142. En el supuesto de una solicitud de apertura a instancia del deudor, los acreedores y cualquier otra parte afectada tendrán un interés evidente en ser avisados del procedimiento y en que se les dé la oportunidad de impugnar el cumplimiento de los criterios que alegue el deudor para acogerse a ese procedimiento (fijándose eventualmente un plazo para dicha impugnación a fin de

no alargar innecesariamente las actuaciones). Cabe preguntarse, no obstante, en qué momento habrá que notificar a los acreedores: al presentarse la solicitud o al declararse abierto el procedimiento. Deberá sopesarse el interés de los acreedores en ser informados de la presentación de la solicitud teniendo en cuenta, en determinadas circunstancias, la posibilidad de que, si se hace la notificación, pueda perjudicarse innecesariamente a la empresa del deudor si al final se desestima su solicitud, o de que ello impulse a ciertos acreedores a aprovechar la oportunidad para obtener una ejecución rápida de sus créditos. Cabe evitar estos inconvenientes previendo por lo general que únicamente se notifique a los acreedores la apertura del procedimiento. La notificación en ese momento tendría a su vez el inconveniente de las consecuencias que podría tener para los acreedores el hecho de que transcurriera mucho tiempo entre la presentación de la solicitud por el deudor y la apertura del procedimiento. Durante ese lapso, los acreedores tendrán un interés en que se les notifique la solicitud de apertura, a fin de poder decidir, con conocimiento de causa, si les conviene dejar de suministrar bienes y de prestar servicios al deudor, para no agravar el endeudamiento de éste. Si bien cabría la posibilidad de regular la notificación con un criterio flexible que permitiera al tribunal efectuar una notificación en tales circunstancias, sería tal vez más adecuado que el régimen de la insolvencia resolviera esta cuestión haciendo referencia al momento en que se adopta la decisión de apertura y a la necesidad de evitar demoras.

ii) Solicitudes presentadas por los acreedores - Notificación del deudor

143. En el supuesto de una solicitud de apertura a instancia de los acreedores, se reconoce cada vez más que el deudor debe tener un derecho fundamental a ser informado de inmediato de la solicitud de apertura y que debe dársele la oportunidad de ser oído y de impugnar las alegaciones de los solicitantes respecto de su situación financiera (véase el capítulo III.A.3). Cuando el deudor haya desaparecido o trate de eludir la notificación personal, podría ser suficiente exigir una notificación pública o podría remitirse la notificación a la última dirección conocida del deudor. No obstante, cabe prever supuestos excepcionales en los que, previa autorización por el tribunal, no se proceda a notificar personalmente al deudor la apertura de un procedimiento por estimarse que esa notificación pudiera frustrar la finalidad de la solicitud presentada. Una de estas situaciones podría darse, por ejemplo, cuando la notificación de la solicitud permitiera al deudor colocar determinados bienes fuera del alcance de los acreedores o del representante de la insolvencia. En sentido opuesto, cabe argumentar que, de no notificarse la apertura al deudor, éste podría continuar actuando en detrimento del valor de sus bienes y reduciendo así el importe que podrían cobrar sus acreedores. Para evitar este problema, sería mejor que, en vez de notificar al deudor la solicitud de apertura, se previera la adopción de medidas cautelares, como la paralización de las acciones judiciales. Sin embargo, cuando el régimen permita que los tribunales consientan en que no se notifique la solicitud de apertura, debería darse aviso al deudor lo antes posible de la apertura del procedimiento.

iii) Notificación de la declaración de apertura a otros interesados distintos de los acreedores

144. Puede haber otros interesados, que no sean acreedores, a quienes deba notificarse la apertura de un procedimiento, por ejemplo, el servicio de correos (especialmente si la ley prescribe que toda correspondencia destinada al deudor ha de ser entregada al representante de la insolvencia), las autoridades fiscales, la seguridad social y los órganos reguladores de la actividad empresarial.

iv) Forma de la notificación

145. Además de determinar el momento en que haya de efectuarse la notificación, el régimen de la insolvencia debería tal vez indicar la forma y el contenido de la notificación, a fin de garantizar su eficacia. Al regular la forma en que debe efectuarse la notificación, podría especificarse tanto la parte encargada de hacerla (por ejemplo, el tribunal o la parte que haya presentado la solicitud de apertura) y la manera en que habrá de comunicarse esa información, previendo como métodos primordiales la entrega o la publicación en una forma que se considere generalmente idónea para llegar a conocimiento de las partes interesadas. Por ejemplo, si bien será posible notificar directamente a cada uno de los acreedores conocidos[15] (aunque, en determinados casos, la eficacia del presente método dependerá del estado de los registros de contabilidad del deudor), la necesidad de informar a los acreedores desconocidos ha obligado al legislador a prever requisitos de mayor alcance, como la publicación del aviso en un boletín o gaceta oficial o en algún diario comercial o de amplia difusión. Ese diario podrá ser de ámbito regional, nacional o local (que corresponda a la ubicación de la empresa deudora) según las circunstancias del caso y lo que resulte más económico. Por ejemplo, no siempre será necesaria la publicación en un diario de ámbito nacional, con un costo considerable, si la empresa deudora está ubicada y lleva a cabo sus negocios en un ámbito local. A fin de evitar que el proceso de notificación se vuelva engorroso y que en cada caso sea necesaria una investigación para determinar el medio más efectivo de practicar la notificación, el requisito de publicación debería enunciarse teniendo en cuenta las formas habituales y previendo cierta flexibilidad en cuanto a las condiciones locales. Entre otras opciones para practicar eficazmente la notificación cabe prever diversas formas de comunicación electrónica y la utilización de los registros públicos pertinentes.

v) Contenido de la notificación

146. Entre los datos que deberán figurar en la notificación cabe citar el efecto de la apertura del procedimiento (particularmente en lo relativo a la paralización de las actuaciones; véase el capítulo II); la fecha de presentación de los créditos, y la manera y el lugar en que deban ser presentados; todo requisito formal o trámite a seguir para la presentación de un crédito; información sobre qué créditos deberán ser presentados (es decir, si los titulares de créditos garantizados deben presentarlos o no; véase el capítulo V.A); las consecuencias que tendría el hecho de no presentar

[15] Estas notificaciones individuales se verán facilitadas por la lista de acreedores que habrá de proporcionar el deudor, en cooperación con el representante de la insolvencia; véase el capítulo III.A.4b) y III.B.4. Véase también el artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

los créditos o de no presentarlos de forma prescrita; e información relativa a la verificación de los créditos y a toda reunión de los acreedores.

6. Deudores con bienes insuficientes

147. Muchas empresas deudoras que cumplen los criterios requeridos para la apertura de un procedimiento de insolvencia no llegan nunca a ser oficialmente liquidadas, ya sea porque los acreedores son renuentes a abrir un procedimiento cuando la masa insolvente carece de bienes o éstos son insuficientes para financiar la administración de la insolvencia, o porque los deudores que están en esas condiciones rara vez actúan para poner en marcha el procedimiento. Conforme a algunos regímenes de la insolvencia, el tribunal desestimará la solicitud de apertura en esas circunstancias si, tras la valoración oportuna, dictamina que los bienes son insuficientes, mientras que otros prevén un mecanismo para nombrar y remunerar un representante de la insolvencia (véase el capítulo III.B.3). En algunos regímenes se ha previsto que los acreedores deberán abonar una tasa para la administración de la masa insolvente (véase a continuación lo relativo a las costas).

148. Cabe alegar diversas razones, particularmente de interés público, para prever algún dispositivo que permita instituir, en virtud de un procedimiento formal, una administración bajo control judicial de una empresa deudora que manifiestamente tenga pocos bienes o carezca de ellos. Un régimen de la insolvencia que no prevea una investigación exploratoria de toda empresa insolvente con bienes insuficientes o desprovista de ellos no contribuirá a que las empresas observen sus deberes de buena gestión y de conducta comercial equitativa. Ese descuido puede dar lugar a que una empresa insolvente transfiera bienes a otras empresas conexas antes de la liquidación, sin temor a que esas operaciones en fraude de los acreedores sean investigadas o impugnadas conforme al régimen de la insolvencia o ante la jurisdicción civil o penal. En cambio, si el régimen prevé un mecanismo para poner la masa insolvente bajo administración, quedará claro que no se tolerarán esas prácticas abusivas, se beneficiará a los acreedores si pueden impugnar las operaciones previas a la insolvencia y obtener su anulación. Además, se podrán investigar las prácticas de gestión de todo deudor insolvente y fomentar la actividad empresarial, alentando a los empresarios que superen la insolvencia y a otros comerciantes a hacer un nuevo comienzo y a asumir riesgos económicos con responsabilidad. Los aspectos punitivos y disuasorios de los regímenes de la insolvencia serán menos adecuados frente a deudores honrados.

149. Entre los mecanismos financieros para administrar esas masas desprovistas de bienes figura, como ya se ha señalado, la imposición de una tasa a los acreedores para gastos de administración; el establecimiento de una oficina u órgano público encargado de administrar el patrimonio de todo deudor insolvente o la utilización con tal fin de los órganos u oficinas ya existentes; la creación de un fondo para sufragar las costas y otros gastos; la designación como representante de la insolvencia de un profesional en la materia, nombrado por rotación o con arreglo a una lista, cuya función consista en velar por una distribución ordenada y equitativa de la masa con bienes suficientes o insuficientes en todo caso de insolvencia, que será remunerado directamente por el Estado, con arreglo a una tarifa, o que deberá abonar las costas con cargo a la masa y con el respaldo de sus clientes (cuando se trate de un profesional, deberán remunerarle teniendo en cuenta toda labor no remunerativa; esto no se aplicará cuando el representante de la insolvencia sea un

funcionario público). Cuando dicho mecanismo esté previsto en el régimen de la insolvencia, deberá también indicarse cuáles son los deudores a los que serán aplicables sus disposiciones, por referencia tal vez a la inexistencia de una fuente de ingresos periódicos y a cierto valor patrimonial mínimo de la masa no gravada por debajo del cual deba procederse a la liquidación.

7. Costas del procedimiento de insolvencia

150. Además de rápidos y eficientes, es importante que los procedimientos de insolvencia no sean costosos, pues el factor económico influye en cada una de las fases del proceso. Será, por ello, importante, al formular las disposiciones de un régimen, evitar que las costas supongan una carga que sea un factor disuasorio para los acreedores a la hora de recurrir al procedimiento, dificultando la apertura y frustrando así el logro de sus objetivos básicos. Esta consideración es particularmente importante en toda insolvencia de pequeñas y medianas empresas. Puede también ser particularmente importante cuando el deudor esté fuertemente endeudado y muchos de sus acreedores sean titulares de deudas relativamente pequeñas que no justifiquen las costas de la solicitud de procedimiento, o cuando la masa patrimonial sea pequeña.

151. La presentación de una solicitud de apertura tanto por el deudor como por sus acreedores puede requerir el pago de alguna tasa judicial. El nivel de la tasa aplicable puede determinarse conforme a diversos criterios. Uno de ellos consistiría en fijar una tasa mediante la cual puedan sufragarse las costas del procedimiento de insolvencia. Ahora bien, una tasa demasiado elevada puede motivar que los acreedores renuncien a recurrir al procedimiento, lo cual iría en contra del objetivo de que el acceso a dicho procedimiento sea a la vez sencillo, rápido y económico. En cambio una tasa demasiado baja no contribuiría a evitar que se presentaran solicitudes insuficientemente motivadas. Conviene, pues, arbitrar una solución intermedia que satisfaga lo mejor posible todos estos objetivos. Algunos regímenes de la insolvencia obligan a los acreedores que soliciten la apertura de un procedimiento a garantizar el pago de las costas procesales hasta una cierta cuantía, y otros les obligan a pagar cierto porcentaje del valor global de los créditos presentados o a depositar una determinada suma como garantía del pago de las costas. En algunos de los regímenes que exigen el depósito de determinadas sumas por concepto de costas, esas sumas pueden ser reembolsadas con cargo a la masa, siempre que haya bienes suficientes; además, eximen a ciertos acreedores, como los empleados de la empresa, de esta obligación de depositar fianza. En otros regímenes se exige, como condición para la apertura del procedimiento, que los bienes no gravados de la masa sean suficientes para sufragar las costas del procedimiento. Cuando la suma disponible es insuficiente, el régimen de la insolvencia suele prever que la solicitud sea desestimada o que sea tratada de conformidad con el régimen previsto para las masas con bienes insuficientes o sin bienes (véase lo dicho al respecto anteriormente). Conforme a otro criterio, las costas exigibles se calculan en función de un porcentaje fijo del valor de los bienes de la masa. Esta proporcionalidad implica que, cuando el valor de la masa es muy elevado, las costas que deben abonarse con cargo al patrimonio son considerables, con lo cual tanto los acreedores como el deudor serán más renuentes a la hora de solicitar la apertura de un procedimiento.

8. Sobreseimiento del procedimiento tras la apertura

152. Además de las circunstancias mencionadas en que cabe desestimar una solicitud de apertura de procedimiento (véase el capítulo II.B.5 d)), también pueden darse casos en los que, una vez iniciado el procedimiento, el régimen de la insolvencia debería permitir su sobreseimiento. La posibilidad de sobreseer el procedimiento debe existir con independencia de que la apertura del procedimiento sea automática a raíz de una solicitud del deudor, sin que los acreedores y otras partes interesadas puedan impugnar la solicitud en el momento de la apertura, o de que la decisión de apertura sea adoptada por el tribunal. Los motivos de un sobreseimiento serán los mismos que los de una desestimación, es decir, el recurso indebido al régimen de la insolvencia, tanto por el deudor como por sus acreedores, o el hecho de que, en el momento de la apertura, el deudor no haya cumplido los criterios para abrir un procedimiento.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas a la apertura de un procedimiento de insolvencia tienen por finalidad:

a) facilitar el acceso del deudor y de sus acreedores a los recursos previstos por la ley;

b) establecer criterios para la apertura de un procedimiento que sean transparentes y seguros;

c) abrir vías expeditivas, eficientes y económicas para la presentación y tramitación de las solicitudes de apertura;

d) enunciar salvaguardias que protejan tanto a los deudores como a los acreedores de todo recurso indebido al procedimiento de solicitud de apertura;

e) establecer requisitos que garanticen una notificación eficaz de la apertura de un procedimiento.

Contenido de las disposiciones legales

7) El régimen de la insolvencia debería prever disposiciones que regulen tanto la reorganización como la liquidación de una empresa deudora.

Criterios para la apertura

- Personas habilitadas para solicitar la apertura

8) El régimen de la insolvencia debería especificar las partes que estarán habilitadas para presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, entre las que deberían figurar el deudor y cualquiera de sus acreedores[16].

- Solicitud presentada por el deudor

[16] En la categoría de acreedores entrarían también las autoridades públicas que fueran acreedoras del deudor.

9) El régimen de la insolvencia debería especificar que un procedimiento de insolvencia puede abrirse a instancia del deudor, si éste puede demostrar que:

a) no está o no estará, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento; o

b) sus deudas exceden del valor de sus bienes[17].

- *Solicitud formulada por un acreedor*

10) El régimen de la insolvencia debería especificar que el procedimiento de insolvencia puede abrirse a instancia de un acreedor siempre que pueda demostrarse que:

a) el deudor no está, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento; o

b) las deudas del deudor exceden del valor de sus bienes.

Presunción de que el deudor no está en condiciones de pagar sus deudas

11) El régimen puede disponer que si el deudor no paga una o más de sus deudas vencidas, y si la totalidad de la deuda no es objeto de una controversia lícita ni de una compensación por un importe igual o superior a la cuantía de la deuda reclamada, se presumirá que, en general, el deudor no está en condiciones de pagar sus deudas[18].

Apertura a instancia del deudor

12) De ser presentada la solicitud de apertura por el deudor, el régimen de la insolvencia debería disponer que:

a) la solicitud de apertura provocará la apertura automática del procedimiento de insolvencia; o

b) el tribunal debe determinar sin dilación si el caso es de su competencia, si el deudor cumple las condiciones de admisibilidad, si se han cumplido los criterios de apertura y, de ser así, abrirá un procedimiento de insolvencia.

Apertura a instancia de un acreedor

---

[17] La intención de esta recomendación y de la recomendación relativa a las solicitudes presentadas por los acreedores es dar flexibilidad al legislador al elaborar los criterios para la apertura de un procedimiento, previendo uno o dos criterios. Si el régimen adopta un único criterio, éste debería basarse en la incapacidad del deudor para satisfacer sus deudas a su vencimiento (criterio del sobreseimiento general en los pagos) y no en el criterio del balance de la empresa. Si la ley prevé ambos criterios (el del sobreseimiento en los pagos y el del balance de la empresa), el procedimiento podrá iniciarse si se cumple uno de ellos.

[18] Si el deudor no ha pagado una deuda vencida y el acreedor ha obtenido una resolución judicial contra el deudor respecto de esa deuda, no será necesaria presunción alguna para demostrar que el deudor no está en condiciones de pagar sus deudas. El deudor podrá rebatir dicha presunción demostrando, por ejemplo, que está en condiciones de pagar sus deudas; que la deuda impagada es objeto de una controversia lícita; o que esa deuda no está vencida. Las recomendaciones en materia de notificación de la apertura amparan al deudor al exigir que se le notifique la solicitud presentada para la apertura de un procedimiento y al darle margen para que pueda rebatir dicha presunción.

13) De ser presentada la solicitud de apertura por un acreedor, el régimen de la insolvencia debería disponer en general que:

a) debe notificarse prontamente al deudor[19];

b) debe darse al deudor la oportunidad de responder a la solicitud; y

c) el tribunal debe determinar sin dilación si el caso es de su competencia, si el deudor cumple las condiciones de admisibilidad, si se han cumplido los criterios de apertura y, de ser así, abrirá un procedimiento de insolvencia[20].

Desestimación de una solicitud de apertura

14) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando corresponda al tribunal decidir si se ha de abrir el procedimiento, éste podrá desestimar la solicitud de apertura y, en su caso, imponer el pago de costas o sanciones al solicitante si el tribunal dictamina que:

a) no es competente para conocer del asunto, el deudor no cumple las condiciones de admisibilidad o no se han cumplido los criterios de apertura; o

b) la solicitud constituye un recurso indebido al régimen de la insolvencia.

15) Cuando la solicitud de apertura haya sido presentada por un acreedor, el régimen de la insolvencia debería disponer que se notifique sin dilación al deudor la decisión de desestimar la solicitud.

Notificación de la apertura del procedimiento

16) El régimen de la insolvencia debería establecer procedimientos para notificar la apertura de un procedimiento de insolvencia.

- *Notificación general*

17) El régimen de la insolvencia debería disponer que los medios para notificar la apertura de un procedimiento de insolvencia deben ser adecuados[21], a fin de garantizar que la información llegue a conocimiento de las partes interesadas[22]. El régimen de la insolvencia debería especificar la parte que debe encargarse de efectuar la notificación.

- *Notificación de los acreedores*

---

[19] Si el deudor se encuentra en paradero desconocido y no se puede establecer contacto con él, el régimen general puede prever reglas pertinentes para efectuar la notificación en tales circunstancias.

[20] Para determinar si se han cumplido los criterios de apertura, puede haber que examinar si la deuda es objeto de una controversia lícita o de una compensación por un importe igual o superior a la cuantía de la deuda (véase también el capítulo II.B.5d)).

[21] Para determinar lo que es adecuado en un determinado caso se tendrá en cuenta también el nivel de los costos y el régimen de la insolvencia no debe exigir, por ejemplo, la publicación onerosa de la notificación en un diario de difusión nacional cuando se considere suficiente publicarla en un diario de ámbito local.

[22] Normalmente, la notificación general se efectúa difundiéndola en una publicación como una gaceta o un boletín oficial, en un diario nacional, regional o local, de amplia difusión por medios electrónicos, o a través de los registros públicos pertinentes.

18) El régimen de la insolvencia debería requerir que se notifique la apertura del procedimiento a cada uno de los acreedores, salvo que el tribunal considere que, en las circunstancias del caso, sería más adecuada otra forma de notificación[23].

- Contenido de la notificación

19) El régimen de la insolvencia debería requerir que en la notificación de apertura del procedimiento de insolvencia se especifique lo siguiente:

a) información relativa a la presentación de los créditos, en particular el momento y el lugar en que deban presentarse;

b) el procedimiento a seguir y los requisitos formales para la presentación de créditos;

c) las consecuencias de que un crédito no sea presentado de conformidad con los párrafos a) y b); y

d) información relativa a la verificación de los créditos, a toda solicitud de paralización y su efecto, y a las juntas de acreedores.

Deudor con bienes insuficientes

20) El régimen de la insolvencia debería prever el régimen aplicable a los deudores cuyos bienes y cuyas fuentes de ingresos sean insuficientes para sufragar las costas procesales que se deriven de la administración del procedimiento de insolvencia. A este respecto cabe prever varias soluciones, a saber:

a) la desestimación de la solicitud, salvo cuando el deudor sea una persona física que pudiera tener derecho a liberación; o

b) la apertura de un procedimiento, cuando existan distintos mecanismos para nombrar y remunerar al representante de la insolvencia[24].

Sobreseimiento de un procedimiento de insolvencia

21) El régimen de la insolvencia debería permitir que el tribunal sobresea un procedimiento si, una vez iniciado éste, el tribunal determina, por ejemplo, que:

a) el procedimiento constituye un recurso indebido al régimen de la insolvencia; o

b) en el momento de la apertura, el deudor no cumplía las condiciones de admisibilidad o no se cumplían los criterios de apertura.

22) El régimen de la insolvencia debería especificar si, cuando se sobresea un procedimiento, el tribunal podrá imponer, en su caso, el pago de costas procesales o sanciones al solicitante de la apertura del procedimiento.

23) El régimen de la insolvencia debería prescribir que se notifique toda decisión de sobreseer un procedimiento.

---

[23] La obligación de elaborar la lista de acreedores a los efectos de notificación se regula en el marco de las obligaciones del representante de la insolvencia y del deudor (véase el capítulo III).

[24] Véase el capítulo III.B.

II. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia

A. Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

1. Introducción

153. Un rasgo básico del procedimiento de insolvencia es la necesidad de descubrir, reunir, preservar y eventualmente disponer de los bienes pertenecientes al deudor. Muchos regímenes de la insolvencia someten esos bienes a un régimen especial, a veces denominado masa de la insolvencia, sobre el que el representante de la insolvencia tendrá poderes especificados, sujetos a ciertas excepciones.

154. En la presente Guía se utilizará el término "masa" en su sentido funcional referido a los bienes del deudor que quedan sometidos al control del representante de la insolvencia y sujetos a lo que se decida en el procedimiento de insolvencia. Cabe señalar ciertas diferencias importantes respecto del concepto de masa de la insolvencia en diversos ordenamientos. En algunos países, el régimen de la insolvencia dispone que la titularidad de los bienes pasará a un administrador o síndico designado por el tribunal (generalmente, el representante de la insolvencia). En otros países, el deudor conserva la titularidad de sus bienes, pero se limita su facultad para administrar y disponer de ellos, al concederse al representante de la insolvencia el control total de los bienes o al permitirse al deudor que sólo disponga de ellos en el curso ordinario de los negocios, en cuyo caso su utilización o disposición con otros fines, como la constitución de garantías reales, requerirá el consentimiento del representante de la insolvencia o, en algunos casos, del tribunal.

155. Cualquiera que sea la tradición jurídica del país, el régimen de la insolvencia deberá especificar claramente cuáles son los bienes que quedarán sujetos al procedimiento de insolvencia (quedando así englobados en el concepto de la "masa de la insolvencia") e indicar en qué medida los bienes se verán afectados por ese procedimiento, aclarando además los poderes relativos de los diversos participantes. La especificación de los bienes y su tratamiento determinarán el alcance y el curso de las actuaciones y, particularmente si se trata de una reorganización, influirán de modo notable en las probabilidades de éxito del procedimiento. Con la inclusión en el régimen de la insolvencia de disposiciones claras y amplias al respecto se dará transparencia y previsibilidad al procedimiento y seguridad a los acreedores y al deudor.

2. Bienes comprendidos en la masa de la insolvencia

a) Definición general de la masa de la insolvencia

156. Cabe prever que la masa estará formada por todos los bienes del deudor, incluidos sus derechos y títulos sobre bienes, dondequiera que se encuentren, estén o no en posesión del deudor en el momento de abrirse el procedimiento, e incluidos todos los bienes tanto corporales (muebles o inmuebles) como inmateriales. La masa puede englobar asimismo los derechos del deudor sobre bienes sujetos a garantías reales y sobre bienes que sean propiedad de terceros (en cuyo caso la utilización continua de esos bienes para el patrimonio puede estar sujeta a otras disposiciones

del régimen de la insolvencia (véase el capítulo II.C)). Por lo general, también formarán parte de la masa los bienes adquiridos por el deudor o por el representante de la insolvencia después de iniciarse el procedimiento de insolvencia (a reserva de ciertas exclusiones aplicables a los deudores que sean personas físicas (véase más adelante)), y los bienes recuperados mediante acciones de impugnación o de otra índole. Algunos de esos bienes podrán venderse o intercambiarse libremente, mientras que otros podrán estar sujetos a limitaciones derivadas del derecho contractual o de otras disposiciones legales (por ejemplo, las licencias otorgadas por autoridades públicas que no pueden ser cedidas o las listas de clientes sujetas a restricciones de confidencialidad) o plantear problemas de mediación respecto de otros derechos sobre dichos bienes. A pesar de estas limitaciones, conviene que esos bienes se consideren parte de la masa.

157. Los bienes corporales del deudor deberán ser fáciles de encontrar en sus estados financieros y en sus libros de contabilidad; entre esos bienes figuran el dinero en efectivo, el equipo, las existencias, las obras en curso de realización, las cuentas bancarias, las cuentas por cobrar y los bienes raíces. Los bienes inmateriales tal vez se definan de manera diversa en cada Estado, según el derecho interno, pero serán normalmente los bienes de propiedad intelectual, los títulos bursátiles y los títulos financieros, las pólizas de seguros, los derechos contractuales (incluidos los relativos a los bienes que sean propiedad de terceros) y los derechos a emprender una acción derivados de un daño extracontractual[25] en la medida en que sean objeto de un derecho del deudor. La inclusión de algunos bienes inmateriales en la masa puede originar conflictos con otras disposiciones legales, como las leyes que restringen la posibilidad de ceder bienes o las leyes de protección de los datos personales y confidenciales. Tratándose de personas físicas, su patrimonio puede incluir también los derechos sucesorios sobre los que el deudor posea algún título al abrirse el procedimiento o todo derecho del deudor que nazca durante el procedimiento, así como todo derecho del deudor sobre bienes que sean propiedad conjunta del deudor y de otra persona, como su cónyuge.

158. Pese a la conveniencia de definir la masa con criterios amplios, la inclusión en ella de determinados bienes puede suscitar controversias. Algunos bienes pueden incluirse en la masa sin problemas, por ejemplo, los bienes pertenecientes al deudor que no estén gravados, los bienes no reclamados por terceros, y los bienes recuperados por el representante de la insolvencia, ya sea mediante demandas contra terceros o mediante acciones de impugnación. Otros bienes pueden excluirse de la masa sin dificultades, por ejemplo, los bienes pertenecientes a terceros sobre los que el deudor no tenga ningún derecho y los bienes sobre los que el cónyuge del deudor tenga la titularidad plena y los correspondientes derechos. En cambio, los bienes gravados, los bienes de propiedad conjunta, los bienes que se encuentran en el extranjero, algunos bienes inmateriales y los bienes que sean propiedad de terceros y sobre los que el deudor tenga algún derecho pueden plantear problemas difíciles de resolver. Estos bienes se examinan en las siguientes secciones.

---

[25] Cuando el deudor es una persona física, algunos ordenamientos excluyen los daños extracontractuales de carácter personal como la difamación, los perjuicios derivados de la pérdida de crédito o reputación o las lesiones corporales, en que el deudor sigue teniendo personalmente el derecho a demandar y a retener lo obtenido porque, de lo contrario, se reduciría el incentivo para reclamar daños y perjuicios, pero puede no tener el derecho a demandar por las pérdidas de ingresos imputables a esas causas de acción.

b) Bienes gravados

159. Conviene destacar la importancia de si el régimen de la insolvencia de un país incluye en la masa de la insolvencia los bienes gravados. En el régimen interno de la insolvencia se siguen diversos criterios para regular los bienes que han sido gravados o constituidos en garantía. Muchos regímenes disponen que esos bienes forman parte de la masa de la insolvencia, por lo que la apertura del procedimiento los afectará, por ejemplo, limitando el ejercicio de los derechos reales de garantía constituidos en favor de los acreedores o de algún tercero (imponiendo una paralización o algún otro efecto previsto a raíz de la apertura). La inclusión de los bienes gravados en la masa y la consiguiente limitación del ejercicio de los derechos de los acreedores garantizados puede contribuir no sólo a dar un trato equitativo a todos los acreedores, sino también, sobre todo, a mantener la viabilidad del procedimiento cuando el bien gravado sea indispensable para la empresa. Por ejemplo, cuando el equipo de fabricación o el edificio arrendado de la fábrica sean elementos indispensables para el funcionamiento de la empresa del deudor, no podrá procederse a la reorganización ni a la venta de la empresa como negocio en marcha si en el procedimiento no se puede contar con el equipo ni con el edificio. El hecho de disponer de todos los bienes del deudor en el momento de la apertura del procedimiento será ventajoso, particularmente si el procedimiento va a ser de reorganización o si se desea vender la empresa, en un procedimiento de liquidación, como negocio en marcha.

160. Cuando los bienes gravados forman parte de la masa de la insolvencia, pueden beneficiarse también de cierta protección como, por ejemplo, del mantenimiento del valor del bien gravado o de la parte garantizada del crédito de un acreedor y de la previsión de determinadas situaciones en que el bien gravado puede separarse de la masa (véase, por ejemplo, el capítulo II.C). El régimen de la insolvencia deberá disponer claramente que la inclusión de un bien gravado en la masa de la insolvencia no privará a los acreedores garantizados de sus derechos reales sobre los bienes gravados, aun cuando ese régimen limite de hecho el ejercicio de tales derechos (por ejemplo, con el aplazamiento resultante de la paralización de las acciones judiciales).

161. Otros regímenes de la insolvencia disponen que los procedimientos de insolvencia no afectarán a los derechos de garantía, por lo que los acreedores garantizados podrán ejecutar sus derechos legales y contractuales. Reconociendo que hay casos en que los bienes gravados pueden ser cruciales para el procedimiento, algunos regímenes prevén que aun cuando dichos bienes no se vean afectados por la insolvencia, el deudor, con el consentimiento del representante de la insolvencia, puede solicitar al tribunal que impida la ejecución del derecho sobre un bien si éste es necesario para mantener el negocio en funcionamiento. Excluir de la masa los bienes gravados puede tener la ventaja de favorecer por lo general la disponibilidad de crédito, ya que los acreedores garantizados tendrán la seguridad de que la garantía de su crédito no se verá afectada por la apertura de un procedimiento de insolvencia. No obstante, se reconoce cada vez más que esta ventaja general para la economía es inferior a la que se obtendría si los bienes gravados se incluyeran en la masa de la insolvencia y si se restringiera del modo indicado el ejercicio de los derechos de los acreedores garantizados.

c) Bienes que sean propiedad de terceros

162. Algunos ordenamientos permiten que los bienes sobre los que un acreedor mantenga la titularidad o la propiedad (por ejemplo, en una retención de titularidad o en virtud de un acuerdo de arrendamiento) puedan separarse de la masa disponiendo que el régimen de la insolvencia debe respetar la titularidad del acreedor sobre el bien. En algunos ordenamientos, la separación del bien de la masa puede estar sujeta a las disposiciones del régimen de la insolvencia sobre el tratamiento de los contratos. No obstante, el patrimonio comprenderá en general, tal como se indica más arriba en la definición general de la masa, cualquier derecho que tenga el deudor sobre los bienes que sean propiedad de terceros. En algunos supuestos de insolvencia, estos bienes pueden ser indispensables, al igual que los bienes gravados, para mantener el negocio en marcha, tanto en caso de reorganización como en caso de liquidación con venta de la empresa como negocio en marcha. En tales casos, sería ventajoso que el régimen de la insolvencia previera algún mecanismo para retener los bienes propiedad de terceros como parte de la masa de la insolvencia, previendo, sin embargo, la protección de los intereses del propietario y su derecho a impugnar la retención de dichos bienes. Esta cuestión se examina con mayor detalle en el capítulo II.C.

163. Si las cláusulas económicas de la operación demuestran que lo que se pretende es financiar la adquisición de un bien, aunque la operación esté estructurada, por ejemplo, como un arrendamiento, algunos regímenes equiparan el arreglo a un acuerdo de préstamo garantizado y, en la insolvencia, el arrendador estará sujeto al mismo tratamiento que otros acreedores garantizados. La operación se tendrá por un mecanismo de financiación cuando, al concluir el período de arrendamiento, el deudor pueda retener el bien a efectos de pago de una suma nominal o el valor restante del bien sea despreciable. El régimen de la insolvencia puede considerar que los derechos del deudor forman parte de la masa y permitir al representante de la insolvencia utilizar el bien si cumple determinadas condiciones descritas en el capítulo II.C.

164. Cuando un tercero impugne el derecho que reclame el deudor sobre determinados bienes, es conveniente que el régimen de la insolvencia prevea la protección cautelar de esos bienes a fin de salvaguardarlos hasta que el tribunal decida a quién corresponde la propiedad. Si decide que los bienes no forman parte de la masa, la ley podrá también regular los daños y perjuicios sufridos por el tercero a causa de la retención de los bienes por el deudor. La cuestión de los daños y perjuicios podrá ser pertinente también cuando un tercero retenga bienes que, según se determine, forman parte de la masa.

d) Bienes extranjeros

165. La cuestión de si los bienes del deudor que se encuentran fuera del país en que tiene lugar el procedimiento formarán parte o no de la masa de la insolvencia plantea problemas de insolvencia transfronteriza. Esta cuestión puede revestir particular importancia en una reorganización, pues la exclusión de los bienes extranjeros podría repercutir notablemente en el éxito del procedimiento. Algunos regímenes de la insolvencia adoptan el criterio de que sólo debe haber un único procedimiento de insolvencia que tenga lugar en el país en que el deudor tenga su administración central o en el país en que su empresa se haya inscrito o constituido

(criterio del centro de los intereses principales) y que será aplicable a los bienes del deudor, dondequiera que se encuentren (criterio universal). Este criterio implica que el Estado que lo adopte aceptará la situación inversa cuando en otro Estado se siga el mismo criterio. Otros regímenes de la insolvencia adoptan el criterio en virtud del cual sus disposiciones sólo serán aplicables a la zona geográfica que se rija por la legislación del Estado respectivo (criterio territorial). Este criterio requiere que se abra un procedimiento en cada Estado en que el deudor tenga bienes o diferentes filiales o establecimientos. Conforme a otro criterio, algunos Estados prevén la aplicación universal de sus propias leyes, pero no reconocen la misma universalidad de aplicación a las leyes de otros Estados.

166. La actual diversidad de criterios crea una considerable incertidumbre y supone un obstáculo para la aplicación eficaz de los regímenes nacionales de la insolvencia. No obstante, a medida que disminuyen las diferencias y se observa una mayor convergencia de criterios entre los países, cada vez parece menos justificado el criterio de la territorialidad. Es conveniente que todos los regímenes prevean que la masa de la insolvencia engloba a todos los bienes del deudor, dondequiera que se encuentren. Ahora bien, dado que previsiblemente las diferencias subsistirán durante algún tiempo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza establece un régimen de cooperación eficaz en casos de insolvencia transfronteriza mediante el reconocimiento de las decisiones extranjeras y el acceso de representantes de la insolvencia extranjeros a procedimientos judiciales nacionales. Este régimen tiene la finalidad de ser compatible con todos los ordenamientos jurídicos y se analiza con más detalle en el capítulo VII.

e) Bienes recuperados

i) Procedimientos de anulación

167. Entre los bienes que quedarán sujetos al procedimiento figurarán los bienes recuperados por el representante de la insolvencia, o el valor que se haya obtenido de ellos, mediante un procedimiento de anulación, cuando la operación haya dado lugar a la concesión de un trato preferente a algunos acreedores, haya sido perjudicial para la masa o se haya efectuado con miras a frustrar los derechos colectivos de los acreedores (véase el capítulo II.F).

ii) Operaciones no autorizadas tras la solicitud y tras la apertura

168. Muchos regímenes de la insolvencia prevén medidas para limitar la forma en que un deudor sujeto a un procedimiento de insolvencia puede negociar sus bienes, gravados o no, sin la autorización del tribunal o del representante de la insolvencia (véase el capítulo II.B.8 b) y 9). Por lo general, estas restricciones se aplican tras la apertura de procedimientos de insolvencia, pero también pueden ser aplicables tras una solicitud de apertura de procedimiento (en los casos en que la facultad para negociar los bienes del patrimonio se confiera a un representante provisional de la insolvencia). Algunos regímenes declaran nulas e inejecutables respecto del patrimonio las operaciones no autorizadas, y permiten exigir cualquier bien transferido, salvo en algunos casos en que la otra parte aporte una contraprestación o pueda demostrar que la operación no perjudicó los derechos de los acreedores. Otros regímenes llegan al mismo resultado previendo disposiciones de anulación de contratos no autorizados, en función de cómo se calcula el período de sospecha (véase el capítulo II.F.3).

3. Bienes excluidos de la masa de la insolvencia

a) Exclusiones generales

169. El régimen de la insolvencia puede especificar que ciertos bienes estarán excluidos de la masa de la insolvencia. A este respecto, los regímenes pueden seguir distintos criterios. Entre los bienes excluidos de la masa pueden figurar, por ejemplo, ciertos bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en la fecha de apertura del procedimiento, como los bienes en fideicomiso y los bienes sujetos a un arreglo (contractual o de otra índole) que no prevea la transferencia de la titularidad sino la utilización de los bienes y su devolución al propietario una vez que se hayan cumplido los fines para los cuales estuvieron en posesión del deudor[26]. También cabe excluir de la masa los bienes que, en virtud de otras leyes, estén sujetos a reclamación, como los bienes suministrados al deudor antes de la apertura, pero que no se hayan pagado y sean recuperables por el proveedor (a reserva de que se determine su condición de proveedor y de otros requisitos que se prevean).

b) Cuando el deudor sea una persona física

170. Tratándose de personas físicas, el régimen de la insolvencia puede disponer que se excluyan de la masa ciertos bienes correspondientes a ingresos en concepto de servicios personales prestados por el deudor tras la solicitud de apertura, los bienes que el deudor necesite para ganar su sustento y los bienes que sean de uso personal o enseres del hogar, como muebles, equipo doméstico, ropa de cama, ropa en general y otros bienes necesarios para satisfacer las necesidades domésticas del deudor y de su familia. Por lo general, esas exclusiones no se aplican a los deudores que sean personas jurídicas. Si el régimen de la insolvencia ha previsto alguna exclusión respecto de los bienes de una persona física, esa exclusión deberá ser claramente definida, limitándose el número de bienes y su valor a lo que sea estrictamente necesario para preservar los derechos personales del deudor y permitirle el ejercicio de su actividad productiva. Al determinar esas exclusiones, habría que tener en cuenta las obligaciones aplicables en materia de derechos humanos, incluidas las obligaciones internacionales que se han concebido para la protección del deudor y de sus familiares y que pueden afectar a las exclusiones que deban hacerse[27]. Cabe tomar también en consideración los efectos económicos de las exclusiones; en algunas investigaciones se ha llegado a la conclusión de que si los bienes personales se dejan total o sustancialmente al margen de los procedimientos de insolvencia, puede fomentarse la actividad empresarial y los empresarios pueden estar más dispuestos a correr riesgos.

Propiedad conjunta de bienes

171. Cuando el deudor sea una persona física y los bienes personales sean propiedad conjunta del deudor y de su cónyuge, esos bienes se regulan de distintos modos, ya sea en los regímenes de la insolvencia o en otras leyes, como las relativas al régimen de la comunidad de bienes en el matrimonio o a la propiedad de bienes. En los Estados federales, esta cuestión puede plantear problemas de competencia

[26] Ese arreglo puede denominarse fianza o depósito.

[27] En Europa, por ejemplo, es pertinente el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

entre las entidades federadas y el Estado federal. La relación entre esas otras leyes y el régimen de la insolvencia puede determinar la forma en que se aplicarán ciertas disposiciones del régimen de la insolvencia, como las que rigen las acciones de impugnación.

172. Uno de los criterios para regular los bienes de propiedad conjunta consiste en excluirlos por completo de la masa. Otro criterio consiste en que cuando se abra un procedimiento para reclamar los bienes de un cónyuge, la parte de los bienes conjuntos que pertenezca a ese cónyuge se considere parte de la masa de la insolvencia si, en virtud de otras disposiciones legales al margen del régimen de la insolvencia, los bienes pueden dividirse a efectos de ejecución (en cuyo caso la división de los bienes se realizará al margen del régimen de la insolvencia y del procedimiento). Por lo tanto, el criterio elegido puede depender de esa otra legislación y de factores como la facilidad con que puedan dividirse los bienes (véase el capítulo II.C.2).

4. Fecha de constitución de la masa de la insolvencia y reintegración de los bienes

173. El régimen de la insolvencia debe especificar la fecha a partir de la cual se considerará que los bienes forman parte de la masa de la insolvencia, a fin de dar seguridad y certeza al deudor y a los acreedores. Algunos regímenes prevén que esa fecha sea la de la apertura del procedimiento, mientras que otros fijan como referencia la fecha de la solicitud de apertura o la de un acto de insolvencia en el que se base la solicitud. La importancia de la diferencia entre esas dos fechas radica en el tratamiento (y sobre todo en la protección) de los bienes del deudor durante el período que medie entre la solicitud y la apertura. Por esta razón, algunos regímenes adoptan como criterio para la constitución de la masa la fecha de la solicitud. En cambio, otros regímenes prefieren, por motivos de claridad y seguridad, la fecha de la apertura, pero prevén disposiciones de salvaguardia que limitan la facultad del deudor para disponer de los bienes después de la presentación de una solicitud. El representante de la insolvencia puede reclamar los bienes de los que se haya dispuesto durante ese período. Otra consideración pertinente en lo relativo a la protección de los bienes entre la solicitud y la apertura es la aplicación de las disposiciones que rigen la impugnación y la fecha a partir de la cual se calcula el período de sospecha (véase el capítulo II.F.6).

174. Sea cual sea la fecha elegida, cabe prever que la masa estará formada por los bienes del deudor en esa fecha y por los bienes adquiridos por el representante de la insolvencia o por el deudor con posterioridad a esta fecha, ya sea en el ejercicio de sus poderes para anular ciertos actos (véase el capítulo II.F) o en el curso normal de la explotación del negocio del deudor.

175. Una vez que se haya determinado qué bienes forman parte de la masa de la insolvencia, es preciso reunirlos. Con este fin, el régimen de la insolvencia puede prever la facultad del representante de la insolvencia para hacerse con el control de los bienes que, conforme a dicho régimen, formen parte de la masa, así como la obligación del deudor y de otras partes pertinentes de colaborar con el representante de la insolvencia y debe prestarle asistencia para lograr el control de dichos bienes. Cuando los bienes se encuentren en otro país, deberán adoptarse medidas suplementarias, como las enunciadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

La finalidad de las disposiciones relativas al régimen de la insolvencia es:

a) determinar los bienes que serán parte de la masa de la insolvencia formada al abrirse el procedimiento, incluidos los derechos del deudor sobre bienes sujetos a garantías reales y sobre bienes que sean propiedad de terceros;

b) determinar los bienes que quedarán excluidos de la masa.

Contenido de las disposiciones legales

Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

24) El régimen de la insolvencia debería especificar los bienes que constituirían la masa, a saber:

a) los bienes del deudor [que sean propiedad[28] del deudor], incluidos los derechos que pueda tener el deudor sobre bienes sujetos a garantías reales o sobre bienes que sean propiedad de terceros en el momento de la [solicitud de apertura] [apertura] el procedimiento de insolvencia;

b) los bienes adquiridos después de la apertura del procedimiento de insolvencia; y

c) los bienes recuperados mediante acciones de anulación y de otra índole.

25) En el caso de un procedimiento de insolvencia iniciado en el Estado en el que el deudor tenga el centro de sus intereses principales, el régimen de la insolvencia debería especificar que todos los bienes del deudor formarán parte de la masa, dondequiera que se encuentren[29].

Bienes excluidos de la masa cuando el deudor sea una persona física[30]

26) El régimen de la insolvencia debería especificar los bienes que, en su caso, quedarán excluidos de la masa de la insolvencia cuando el deudor sea una persona física.

---

[28] La propiedad se determinará con arreglo al derecho pertinente aplicable.

[29] Cuando el régimen de la insolvencia adopte un enfoque universal, tal como se recomienda aquí, el régimen debería regular también la cuestión del reconocimiento de los procedimientos extranjeros (véase el capítulo VII de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza).

[30] En general no se prevén exclusiones para los deudores que sean personas jurídicas. Sobre los bienes que pueden quedar excluidos cuando el deudor sea una persona física, véase el capítulo II.3 b).

B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia

1. Introducción

176. Un objetivo esencial de un régimen eficaz de la insolvencia es el establecimiento de un mecanismo protector que ampare el valor de la masa de la insolvencia frente a todo acto o actuación judicial de las diversas partes y mediante el cual el procedimiento de la insolvencia pueda administrarse de manera equitativa y ordenada. Las partes frente a las que deberá ampararse la masa son sobre todo el deudor y sus acreedores.

2. Protección de la masa mediante una paralización

177. Frente a los acreedores, uno de los principios fundamentales que se ha de observar en el régimen de la insolvencia es la índole colectiva de este procedimiento, que exige el amparo de los intereses de todos los acreedores frente a toda actuación por separado de alguno de ellos. Muchos regímenes de la insolvencia han previsto un mecanismo que no sólo impide que los acreedores puedan obtener la ejecución de sus derechos a través de alguna acción judicial entablada durante la totalidad o alguna fase del procedimiento de reorganización o de liquidación, sino que también paraliza las acciones contra el deudor que ya estén en curso e impide la apertura de otras nuevas. Este mecanismo suele ser designado por términos como el de moratoria, suspensión o paralización, según cuáles sean sus efectos. Para los fines de la presente Guía se utilizará el término "paralización" en sentido lato como referido tanto a la suspensión de acciones como a la moratoria impuesta al ejercicio de otras acciones.

i) Liquidación

178. Por regla general, la venta total o parcial de los bienes es prioritaria en los supuestos de liquidación a fin de poder satisfacer lo más rápidamente posible los créditos de los acreedores con la conversión de los bienes en liquidez. Para ello es primordial obtener el mayor valor posible de la venta. La paralización de toda actuación judicial puede garantizar una administración ordenada y equitativa del procedimiento de liquidación, dándole al representante de la insolvencia tiempo suficiente para eludir una venta forzosa que reste valor a los bienes de la masa que vayan a ser liquidados y dándole asimismo margen para ver si cabe vender la empresa como negocio en marcha en los casos en que el valor colectivo de los bienes pueda ser mayor que si los bienes se vendieran fraccionadamente. La paralización de las acciones permite también al representante de la insolvencia examinar la situación del deudor, incluidas las acciones ya pendientes, y le da tiempo para estudiar a fondo todas las acciones, con lo cual aumenta la posibilidad de lograr un resultado que no perjudique a los intereses del deudor y de los acreedores. Lo más difícil de compaginar en los procedimientos de liquidación son los intereses encontrados de los acreedores garantizados, que tienen frecuentemente garantías sobre algunos de los bienes más importantes de la empresa, y los de los acreedores no garantizados.

ii) Reorganización

179. En los procedimientos de reorganización, la paralización de las acciones judiciales facilita el mantenimiento del negocio en marcha y da al deudor margen y

tiempo para organizar sus negocios, para preparar y aprobar un plan de reorganización y para adoptar otras medidas, como, en su caso, el abandono de actividades no provechosas y de contratos onerosos. Teniendo en cuenta los objetivos de la reorganización, las repercusiones de la paralización son aún más cruciales que en la liquidación y pueden constituir un incentivo importante para alentar a los deudores a optar por un procedimiento de reorganización. Al mismo tiempo, la apertura de un procedimiento y la orden de paralización supondrán un aviso para las personas que tengan tratos con el deudor de que el futuro de la empresa ha pasado a ser incierto. Ello puede desencadenar una crisis de confianza y de incertidumbre entre los proveedores, los clientes y los empleados de la empresa del deudor insolvente, que se inquietarán por el efecto eventual de la insolvencia sobre sus intereses.

180. Convendrá sopesar la ventaja inmediata que obtiene el deudor con la rápida imposición de una paralización amplia de toda actuación de los acreedores, teniendo en cuenta las ventajas a más largo plazo que supone la limitación de los efectos de la paralización sobre las relaciones contractuales entre el deudor y los acreedores, especialmente los acreedores garantizados.

3. Alcance de la paralización

a) Medidas a las que se aplicará la paralización

181. Algunos países siguen el criterio de que para que la paralización sea eficaz ha de ser amplia y, por ello, aplicable a toda acción presentada o procedimiento que se esté siguiendo contra el deudor y sus bienes, ya sea de índole administrativa, judicial o extrajudicial, así como a toda medida que impida a los acreedores garantizados o no garantizados hacer valer sus derechos y a las entidades públicas beneficiarse de sus derechos de prelación. Cabe citar como ejemplos de tipos de acciones y actos paralizables los siguientes: la apertura o el mantenimiento de acciones o procedimientos abiertos contra el deudor o relativos a sus bienes; la apertura o el mantenimiento de algún procedimiento de ejecución relativo a los bienes del deudor, incluida la ejecución de una sentencia y la constitución o ejecución de una garantía real; la recuperación por su propietario de bienes que estén siendo utilizados u ocupados por el deudor o que estén en su poder o que le hayan sido arrendados; el pago de alguna deuda contraída por el deudor con anterioridad a la fecha de apertura o la constitución de alguna garantía real en respaldo de dicha deuda; el derecho del deudor a ceder, a constituir gravámenes o a disponer de algún otro modo de bienes del deudor (en procedimientos de reorganización, esto podría limitarse a la cesión, al gravamen o a la disposición de bienes que no se efectúen en el curso de las actividades ordinarias de la empresa); al derecho de la otra parte a resolver un contrato con el deudor (excepto si el contrato estipula una fecha de resolución que resulte posterior a la de la apertura)[31]; y a la terminación, suspensión o interrupción de algún servicio o suministro esencial para el deudor (por ejemplo, agua, gas, electricidad y teléfono). El artículo 20 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el capítulo VII), dispone, por ejemplo, que se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o

[31] Con ello el representante de la insolvencia dispondrá de tiempo para evaluar la importancia del contrato para el procedimiento y para determinar si debe mantenerse o resolverse (véase el capítulo II.E).

procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, así como toda medida de ejecución contra los bienes del deudor. Los distintos tipos de acciones mencionadas deberían comprender las entabladas tanto ante tribunales judiciales como ante tribunales arbitrales[32].

182. Una de las razones por las que la paralización debe afectar a la continuación de los procedimientos es la necesidad de evitar que el hecho de que el administrador de la insolvencia deba ocuparse de los casos en curso (en los que se prive al deudor del control) lo aleje de su tarea de administración de la masa y se destinen recursos en detrimento de la masa. Por ejemplo, un tribunal podría fallar contra el deudor por razón de incumplimiento y un acreedor podría basar en este fallo su reclamación en el procedimiento, cuando, en una decisión apropiada, podría haberse desestimado la acción o podría haberse fallado a favor de una suma inferior. Dado que la mayoría de los regímenes de la insolvencia prevén un mecanismo para tramitar las reclamaciones, es decir, su presentación, verificación y aprobación, y para proceder a la distribución, resultan superfluos la mayoría los procedimientos entablados respecto de esas reclamaciones al margen del caso de insolvencia. No obstante, algunos regímenes de la insolvencia establecen que, cuando se estén siguiendo procedimientos judiciales contra el deudor (incluidos tanto su mantenimiento como su apertura) que se vean afectados por la paralización, dichos procedimientos podrán abrirse o mantenerse si el tribunal así lo estima oportuno y lo considera necesario para salvaguardar un crédito contra el deudor o para fijar el monto de un crédito[33].

183. Otros regímenes de la insolvencia autorizan la apertura o el mantenimiento de procedimientos judiciales (sin permiso del tribunal), si bien la paralización impide la ejecución de cualquier mandamiento judicial resultante. Algunos regímenes de la insolvencia limitan las acciones que pueden llevarse a cabo y sólo permiten abrir o mantener determinadas acciones, como las presentadas por los empleados del deudor contra éste, si bien toda medida ejecutoria otorgada a raíz de esas actuaciones será objeto de paralización. Algunos regímenes distinguen entre acciones reglamentarias y pecuniarias. Algunos permiten mantener reclamaciones tanto reglamentarias como pecuniarias, mientras que otros sólo admiten reclamaciones de naturaleza reglamentaria, como las que no están encaminadas a obtener dinero para la masa sino a proteger intereses públicos vitales y urgentes o a restringir actividades perjudiciales para el medio ambiente o que representen un peligro para la salud y la seguridad públicas.

b) Excepciones a la aplicación de la paralización

184. Con el fin de garantizar la transparencia y la previsibilidad, es sumamente aconsejable que el régimen de la insolvencia indique claramente cuáles son las

---

[32] Sin embargo, tal vez no sea siempre posible paralizar automáticamente un procedimiento arbitral, por ejemplo, cuando se lleve a cabo en el extranjero, y no en el Estado en que se haya entablado el procedimiento de insolvencia.

[33] El artículo 20 3) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza dispone, por ejemplo, que la paralización de la apertura o continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten contra el deudor no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor.

acciones que serán objeto de la paralización y las que quedarán específicamente excluidas de ella, independientemente de quién pueda incoar dichas acciones, ya sean acreedores no garantizados (incluidos los acreedores privilegiados como los empleados de la empresa, los beneficiarios de algún gravamen legal o las autoridades públicas), terceros (como pudiera ser el propietario de algún bien que obre en poder del deudor, o que esté siendo utilizado u ocupado por él, o que le haya sido arrendado), acreedores garantizados u otros. Las exclusiones podrían referirse a: los derechos de compensación o arreglos de compensación global (*netting*) de contratos financieros (véase el capítulo II.G); actuaciones encaminadas a proteger intereses públicos, como las encaminadas a limitar los daños que puedan causar al medio ambiente ciertas actividades o actividades que representen un peligro para la salud y la seguridad públicas; las acciones para prevenir abusos, como la utilización de un procedimiento de insolvencia para encubrir alguna actividad ilícita; las acciones emprendidas para preservar un crédito frente al deudor; y las acciones contra el deudor motivadas por lesiones personales o por reclamaciones fundadas en el derecho de familia[34]. Es conveniente que las acciones contra el deudor en que el tribunal pueda imponer a éste indemnización de considerable cuantía figuren entre las acciones sujetas a paralización.

c) Acreedores garantizados

185. Los derechos afectados por la paralización varían notablemente de un régimen de la insolvencia a otro. Apenas se discute la necesidad de que con la paralización se suspendan las acciones entabladas contra el deudor o sus bienes por acreedores cuyo crédito no esté garantizado o se impida la apertura de tales acciones. La aplicación de la paralización a los acreedores con créditos garantizados será, en cambio, más problemática, pues deberán tenerse en cuenta intereses contrapuestos. Cabe citar, por ejemplo, la necesidad de: respetar la prelación que ya tengan antes de la insolvencia los derechos de los acreedores garantizados sobre los bienes gravados; reducir al mínimo los efectos de la paralización sobre los bienes gravados; y, en casos de reorganización, asegurar que en el procedimiento se disponga de todos los bienes necesarios para el éxito de la reorganización y la viabilidad del deudor.

186. Los acreedores suelen pedir garantías para amparar sus derechos contra el eventual impago del deudor. Cabe argüir que, para que la garantía otorgada logre su objetivo, no se debe impedir que, al abrirse un procedimiento de insolvencia, el titular de un crédito garantizado haga ejecutar sin demora sus derechos sobre el bien gravado. A fin de cuentas, el acreedor garantizado ha obtenido una garantía gravando bienes cuyo valor corresponde al de su crédito. Por ello, convendrá sopesar cuidadosamente la introducción de cualquier medida por la que el acreedor garantizado vea mermada la certeza de que podrá cobrar su crédito o que reduzca el valor de la garantía real, como sería la paralización de toda acción judicial entablada por los acreedores garantizados. Esa medida pudiera socavar no sólo la autonomía contractual de los comerciantes en sus negocios y la importancia del respeto de los compromisos contractuales, sino también la posibilidad de obtener créditos financieros a un costo asequible; a medida que disminuya el amparo buscado en la garantía, se elevará el precio del crédito otorgado para contrarrestar el mayor riesgo

[34] Algunos ordenamientos, por ejemplo, eximen de la paralización los actos de cumplimiento de obligaciones del deudor que no afecten a la masa, como la concesión de acceso parental en una situación de derecho de familia.

financiero de la operación. Algunos regímenes de la insolvencia que excluyen las garantías reales de los acreedores de los efectos de la paralización insisten no obstante, en que, antes de la apertura, el deudor y sus acreedores entablen negociaciones para ponerse de acuerdo sobre cómo se ha de proceder.

i) Reorganización

187. Un número creciente de regímenes de la insolvencia reconocen, sin embargo, que, en muchos casos, el hecho de permitir que los titulares de créditos garantizados ejecuten libremente sus derechos sobre el bien gravado puede frustrar los objetivos básicos del procedimiento de insolvencia, especialmente en caso de reorganización, y por esta razón esos regímenes prevén, con ciertas salvaguardias, que los acreedores garantizados se vean afectados por la paralización. Tal vez convenga señalar que, quizás porque los bancos y otras instituciones financieras aceptan cada vez más las moratorias en las negociaciones voluntarias de reestructuración iniciadas en virtud de normas como el "enfoque de Londres" (véase el capítulo II de la primera parte), los acreedores garantizados están cada vez más dispuestos a aceptar que se les aplique la paralización en procedimientos de insolvencia.

188. El régimen de la insolvencia sigue diversos criterios para determinar de si la paralización será aplicable a las garantías de los créditos en un procedimiento de liquidación. Por regla general, cuando el cometido del representante de la insolvencia sea reunir y liquidar los bienes de la masa, y distribuir su producto entre los acreedores en forma de dividendos, cabrá autorizar al acreedor garantizado a ejecutar libremente los derechos que tenga sobre el bien gravado para satisfacer su crédito sin que ello afecte a la liquidación de otros bienes. Así, algunos regímenes de la insolvencia excluyen a los titulares de créditos garantizados de la paralización basándose en que si los bienes van a ser liquidados, los acreedores garantizados podrán al final ejecutar sus derechos reales de garantía. De seguirse este criterio, será preciso, no obstante, aplicarlo con cierta flexibilidad en los casos en que el representante de la insolvencia pueda maximizar más fácilmente el valor de los bienes en beneficio de todos los acreedores imponiendo la paralización a los acreedores garantizados. Este caso puede darse especialmente cuando exista la posibilidad de vender la empresa como negocio en marcha en el marco de un procedimiento de liquidación. También puede ser así en casos en que, aun cuando los bienes vayan a ser vendidos por lotes o fragmentariamente, se necesite algún tiempo para organizar una venta que reporte el mayor beneficio posible a todos los acreedores cuyos créditos no estén garantizados.

189. Si la paralización es aplicable a los acreedores amparados por garantías reales, el régimen de la insolvencia puede prever medidas que impidan que la paralización perjudique los intereses de los acreedores garantizados. Esas medidas pueden consistir en limitar la duración de la paralización, en la protección del valor de los bienes gravados, el pago de intereses y la exención de los efectos de la paralización en los casos en que los bienes gravados estén suficientemente amparados o si los bienes constituidos en garantía no fueran necesarios para la venta del negocio en su totalidad o de alguna unidad productiva del mismo[35].

[35] Cuando un régimen de las operaciones garantizadas prevea un período de gracia para la constitución de una garantía real, convendrá estudiar también si el régimen de la insolvencia debería reconocer ese período de gracia y prever una excepción, eximiendo a los acreedores

4. Aplicación discrecional o automática de la paralización

190. Cabe preguntarse primeramente si la paralización ha de aplicarse automáticamente (por efecto del régimen de la insolvencia) o si debe ser una medida discrecional que el tribunal otorgue si lo estima oportuno. La decisión que se adopte en esta cuestión dependerá de consideraciones de política judicial interna del país, de la fiabilidad de la información financiera disponible y de la facilidad de acceso del deudor y los acreedores a una judicatura independiente y con experiencia en asuntos de insolvencia. Un criterio discrecional permitiría adaptar la paralización a las circunstancias del caso (en lo que respecta al deudor, a sus bienes, a sus acreedores y al momento de aplicación de la paralización), evitando su imposición cuando no proceda, así como toda interferencia innecesaria en los derechos de los acreedores garantizados. Sin embargo, este enfoque es susceptible de causar demoras mientras el tribunal estudia los asuntos pertinentes; no contribuye a crear una situación previsible para los acreedores y los terceros a quienes pueda finalmente afectar la paralización; y puede hacer necesaria la aplicación de algún mecanismo, como medidas cautelares para regular el período previo a la adopción de una decisión judicial sobre la paralización, o la introducción del requisito de notificación de la paralización. La otra opción consiste en prever la paralización automática de determinadas acciones, con la posibilidad de hacerla extensiva a otras acciones, ya sea en el momento de la solicitud o en el de la apertura del procedimiento, a discreción del tribunal. Este enfoque puede reducir al mínimo las demoras, contribuir a maximizar el valor de los bienes y asegurar procedimientos equitativos y ordenados, además de transparentes y previsibles. Este criterio es el adoptado por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, cuyo artículo 20 describe los tipos de acciones que se paralizarán automáticamente a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, mientras que el artículo 21 señala ejemplos de medidas adicionales otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, al arbitrio del tribunal. La paralización automática constituye un rasgo común de muchos regímenes modernos de la insolvencia y puede combinarse con disposiciones que prevean excepciones en determinadas circunstancias.

5. Inicio de la paralización

191. Otro problema que plantea la paralización es la determinación del momento a partir del cual habrá de aplicarse, tanto si el procedimiento es de liquidación como si es de reorganización. En la liquidación, la paralización empieza en el momento en que se presente la solicitud de apertura de un procedimiento. En la reorganización, surtirá efecto a partir del momento de apertura del procedimiento, pero cabe adoptar medidas cautelares para regular el período que media entre la solicitud y la apertura.

a) Determinación del momento preciso en que surte efecto la paralización

192. Como cuestión preliminar, e independientemente de que el criterio temporal para el inicio de la paralización sea el momento de la solicitud o el de la apertura, es importante que el régimen de la insolvencia regule la cuestión del momento preciso

---

garantizados de la paralización para permitir la constitución de garantías reales en las circunstancias del caso (véase la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas).

en el que la paralización surtirá efecto, para garantizar la protección de la masa de la insolvencia, especialmente en lo que concierne a los pagos. Esta cuestión se regula conforme a diversos criterios. En algunos regímenes, la paralización surte efecto a partir del momento en el que el tribunal adopta la decisión de apertura del procedimiento; en otros casos, a partir del momento en que se publica la decisión de apertura, mientras que en otros regímenes la paralización tiene efecto retroactivo desde la primera hora del día en que se dicta la resolución judicial de apertura. También varían los criterios aplicables a los casos en que la paralización surte efecto a partir de la presentación de la solicitud de apertura de un procedimiento. Sea cual sea el enfoque adoptado, es preciso que la disposición pertinente del régimen de la insolvencia sea clara.

b) Aplicación de la paralización a partir del momento de la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento

193. Cuando el criterio determinante sea la presentación de una solicitud de apertura, cabe prever que la paralización surta efecto a raíz de la presentación de una solicitud de un procedimiento, tanto de liquidación como de reorganización, con independencia de si la solicitud procede del deudor o de un acreedor. Este criterio puede hacer innecesaria la previsión de medidas cautelares para cubrir el período entre la presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento, pero exigirá imponer la paralización en un momento en el que posiblemente no estén claros algunos hechos y, en particular, no se haya determinado aún si el deudor cumple los criterios necesarios para la apertura. Para contrarrestar el riesgo de abusos en tal situación, sería conveniente, de adoptarse este criterio, que el régimen de la insolvencia previera procedimientos claros y agilizados para determinar si no procede aplicar la paralización.

c) Paralización a partir de la apertura

194. El criterio más frecuente consiste en que la paralización sea efectiva al comienzo del procedimiento, cuando se hayan resuelto las cuestiones relativas a las condiciones de admisibilidad, a la jurisdicción y al cumplimiento de los criterios de apertura y cuando sea evidente que no puede desestimarse la solicitud y que debe abrirse un procedimiento.

i) Medidas cautelares

195. En algunos regímenes de la insolvencia, la paralización en el momento de la apertura se complementa con medidas cautelares para regular el período entre la solicitud y la apertura, a fin de proteger los bienes del deudor y los intereses colectivos de los acreedores. Aun cuando la decisión de apertura se adopte sin tardanza, existe la posibilidad de que, durante ese período, cambie la situación empresarial del deudor y de que se dispersen los bienes del deudor. Cabe la posibilidad de que el deudor transfiera ciertos bienes del negocio y de que los acreedores, al tener conocimiento de la solicitud, presenten alguna demanda judicial para adelantarse a toda paralización que se imponga tras la apertura del procedimiento. Si en tales circunstancias no es posible dictar medidas cautelares, pueden frustrarse los objetivos del procedimiento de insolvencia. Como en la mayoría de las medidas cautelares, la necesidad de que no se aplique la paralización

debe ser en general urgente y debe compensar los perjuicios que puedan causar las medidas cautelares.

196. Cuando un régimen de la insolvencia permita otorgar medidas cautelares, es importante también prever que el tribunal pueda revisar periódicamente y, si es necesario, prorrogar dichas medidas, regulando lo que sucederá con ellas en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia. En muchos casos no habrá necesidad de prorrogar las medidas cautelares más allá de la apertura del procedimiento, ya que en su lugar se aplicarán automáticamente las medidas previstas para el momento de la apertura. No obstante, si las medidas automáticamente aplicables a raíz de la apertura no proporcionan un determinado tipo de amparo y dicho amparo sigue siendo necesario tras la apertura, el tribunal podrá prorrogar, cuando se den las circunstancias pertinentes, la aplicación de las medidas cautelares.

ii) Tipos de medidas cautelares

197. El tribunal puede dictar medidas cautelares a instancia del deudor, de los acreedores o de terceros, o por iniciativa propia. Como posibles medidas cabe citar las siguientes: el nombramiento de un representante provisional de la insolvencia o de otra persona (a excepción del deudor) que se encargue de administrar o supervisar los negocios del deudor y de proteger los bienes y los intereses de los acreedores; la prohibición impuesta al deudor de enajenar sus bienes; el control de una parte o de la totalidad de los bienes del deudor; la paralización de la ejecución de las garantías reales constituidas por los acreedores sobre los bienes del deudor; la paralización de toda acción entablada por acreedores contra los bienes del deudor, ya sea a instancia de un acreedor garantizado o del titular de un derecho de retención de la titularidad; o las medidas para evitar la apertura o continuación de acciones individuales de los acreedores para la ejecución de sus créditos. Cuando se nombre un representante provisional de la insolvencia como medida cautelar, es posible que esa persona no disponga de facultades tan amplias como las de un representante de la insolvencia nombrado a raíz de la apertura de un procedimiento y que sus funciones se limiten a proteger los bienes y los intereses de los acreedores. Por ejemplo, puede conferírsele la facultad de utilizar y enajenar los bienes del deudor en el curso ordinario de los negocios y de liquidarlos total o parcialmente a fin de proteger y preservar el valor de bienes que, por su naturaleza o por otras circunstancias, sean perecederos, puedan desvalorizarse o correr algún tipo de riesgo. En cualquier caso, puede ser necesario determinar la distribución de responsabilidades entre el representante de la insolvencia y el deudor en lo que respecta a la gestión de la empresa del deudor, teniendo presente que, en esa etapa, aún no se habrá adoptado ninguna decisión sobre la eventual apertura de un procedimiento de insolvencia. Mientras no se haya abierto el procedimiento, el negocio del deudor o los derechos de los acreedores pueden resultar seriamente perjudicados. En general, el deudor continúa administrando su empresa y utilizando y disponiendo de los bienes en el curso ordinario de los negocios, a reserva de las restricciones que le imponga el tribunal.

iii) Requisitos probatorios

198. Puesto que estas medidas son de carácter provisional y serán otorgadas antes de que el tribunal se pronuncie sobre si se cumplen o no los requisitos de apertura,

la ley puede requerir que el tribunal se asegure de que existe cierta probabilidad de que el deudor cumpla los requisitos de apertura. Cuando no sea el deudor quien solicite la medida cautelar, el tribunal podrá exigir a esa otra parte que presente pruebas de que la medida solicitada es necesaria para conservar el valor de los billetes del deudor o para evitar la dispersión de dichos bienes. En tal caso, podrá requerirse también algún tipo de garantía que cubra las costas, los derechos o los daños, como el depósito de una fianza, en previsión de que el procedimiento no llegue a entablarse, o en caso de que la medida solicitada pueda causar cierto perjuicio a la empresa del deudor. Cuando la medida cautelar se haya obtenido de forma indebida, cabría autorizar al tribunal a imponer el pago de las costas, los derechos y los daños al solicitante de la medida.

iv) Notificación de solicitud y adopción de medidas cautelares

199. Puede ser conveniente también que el régimen de la insolvencia prevea la notificación de las medidas cautelares, tanto de su solicitud como de su adopción, así como del momento a partir del cual serán aplicables, y que especifique a qué partes debe dirigirse la notificación. Como principio general, deberá avisarse al deudor de toda solicitud de medidas cautelares y deberá dársele la oportunidad de impugnarla. Sólo en circunstancias excepcionales podrá ser conveniente no notificar al deudor y dejar que la solicitud a instancia de parte siga su curso. Si bien muchos regímenes permiten las solicitudes ex parte de medidas cautelares, suelen requerir que la parte solicitante deposite una fianza para cubrir las costas y los daños y que demuestre la urgencia de la medida cautelar, por ejemplo, porque pueden producirse daños irreparables si se exige que se solicite la medida conforme al procedimiento consuetudinario, es decir, con muchos días de anticipación[36]. No obstante, incluso después de que se haya dictado una medida cautelar a instancia de parte, el deudor tendrá generalmente derecho a que se le notifique la medida y a exponer sus argumentos. Teniendo presente la necesidad de evitar que el deudor sufra perjuicios innecesarios si, al final, no se abre ningún procedimiento contra él, puede convenir que la orden de medidas cautelares se notifique únicamente a las partes a las que afecte directamente.

v) Excepción o exención de la aplicación de medidas cautelares

200. Puede ser conveniente dispensar de la aplicación de medidas cautelares, ya sea modificándolas o revocándolas, cuando se estén perjudicando los intereses de las personas a las que se impongan las medidas. Como ejemplos de casos de exención cabe citar la situación en que se trate de bienes perecederos o de acciones encaminadas a preservar y cuantificar un crédito frente al deudor y los acreedores garantizados (véase el párrafo 206 *infra*). Al estudiarse la concesión de esa exención, puede ser conveniente tener en cuenta los perjuicios que tal medida pueda causar a los intereses de los acreedores en general o a los bienes del deudor. La exención de los efectos de las medidas cautelares puede obtenerse a petición de la parte afectada o del representante de la insolvencia, o por iniciativa del propio tribunal, y requerirá por lo general que se dé notificación de ello a la persona o a las personas afectadas por la modificación o revocación y que ésta(s) pueda(n) impugnar la modificación o la revocación.

---

[36] Véase la labor de la CNUDMI sobre las medidas cautelares otorgables en apoyo del arbitraje: documento A/CN.9/WG.II/WP.119 [Anuario 2001, segunda parte].

6. Duración de la paralización

a) Acreedores no garantizados

201. Muchos regímenes de la insolvencia prevén que la paralización se aplique a los titulares de créditos no garantizados durante todo el procedimiento, ya sea de liquidación o de reorganización. En una liquidación, la paralización dura por lo general hasta que se liquidan los bienes y se clausura el procedimiento. En la reorganización, algunos regímenes disponen que el procedimiento concluirá cuando se apruebe el plan de reorganización y se le dé efecto, mientras que otros exigen para ello que se haya ejecutado plenamente el plan. La aplicación de la paralización hasta tal momento puede ser innecesaria, dado que en el plan de reorganización deberían tratarse los créditos de los acreedores no garantizados, que quedarían vinculados por el plan aprobado.

202. Podrá eximirse a los acreedores no garantizados de los efectos de la paralización en determinados casos, como los anteriormente señalados respecto de la cuantificación o preservación de un crédito (véase el capítulo II.B.3 a) *supra*).

b) Acreedores garantizados

i) Reorganización

203. Puede ser conveniente que la paralización sea aplicable a los acreedores con créditos garantizados durante un período suficiente que permita llevar a cabo la reorganización con el debido orden y sin riesgo de que ciertos bienes sean separados de la masa antes de que pueda concluirse la reorganización. A fin de evitar demoras y de alentar una resolución rápida del procedimiento, sería tal vez ventajoso limitar la duración de la paralización al tiempo que se juzgue necesario para dar efecto al plan de reorganización, evitando que la paralización se aplique durante un período incierto o innecesariamente largo; ahora bien, no debe permitirse que ese período se prolongue durante años sin que se proponga ni se apruebe un plan. Esa limitación puede dar también a los titulares de créditos garantizados cierta seguridad y previsibilidad en cuanto a la duración de la moratoria impuesta sobre el ejercicio de sus derechos y a la forma en que se tratarán esos derechos en el plan. Otra posibilidad consistiría en fijar un determinado período. No obstante, ese plazo cerrado puede resultar insuficientemente largo, según la magnitud y complejidad de la reorganización y según el plan requerido, y puede ser difícil de cumplir. Otras soluciones podrían consistir en fijar plazos concretos con la posibilidad de prorrogarlos (véase más adelante) o en eximir de los efectos de la paralización a los titulares de créditos garantizados en determinados supuestos (véase más adelante). Es importante que el régimen de la insolvencia, en su concepción general, propicie la agilización y la eficiencia del procedimiento, permitiendo reducir al mínimo el período de aplicación de la paralización a los acreedores garantizados, particularmente en la reorganización.

ii) Liquidación

204. Los regímenes de la insolvencia regulan de diversas maneras la aplicación de la paralización a los acreedores garantizados en caso de liquidación. Algunos de ellos disponen que paralización será automáticamente aplicable a los acreedores garantizados al abrirse el procedimiento de liquidación, pero sólo por un breve plazo, de 30 a 60 días. Este período tiene la finalidad de permitir que el representante de la insolvencia entre en funciones, compruebe el activo y el pasivo de la masa de la insolvencia y determine la mejor manera de liquidar los bienes. Cuando el bien gravado sea esencial para la venta de la empresa como negocio en marcha, algunos regímenes prevén la posibilidad de prorrogar la paralización más allá del plazo establecido. En cambio, cuando el bien gravado no sea esencial para la venta de la empresa, cabe levantar la paralización (véase más adelante). Conforme a otro criterio, la paralización se aplica a los acreedores garantizados durante todo el procedimiento de liquidación, salvo que el tribunal ordene que sea levantada si se demuestra que el valor del bien gravado se está deteriorando o que es imposible mantenerlo.

7. Prórroga del plazo de la paralización

205. Cuando se fije un límite concreto del período de paralización, cabe que la ley prevea su prórroga. Se observa que en algunos países no se han tratado las prórrogas de la paralización con suficiente rigor y se han concedido prórrogas de forma rutinaria con una duración de varios años, con lo cual se ha malogrado el objetivo de los procedimientos y se ha reducido a la nada el valor de la masa del que disponían los acreedores al principio. A fin de evitar tales consecuencias, es conveniente que el régimen de la insolvencia regule con claridad las posibilidades de prórroga, limitando las partes que puedan solicitar una prórroga y los motivos por los que deba concederse. Por ejemplo, cabría otorgar prórroga a petición del representante de la insolvencia, cuando se pudiera demostrar que es necesaria para optimizar el valor de la masa (por ejemplo, si existe una posibilidad razonable de vender como negocio en marcha la empresa del deudor o ciertas unidades funcionales de dicha empresa), siempre y cuando la venta no se haga en detrimento de los intereses de los acreedores garantizados. A fin de amparar mejor a estos acreedores y de evitar que la duración de la paralización sea incierta o excesivamente larga, es conveniente que el régimen de la insolvencia limite la duración de las prórrogas, y quizás también el número de veces que podrán concederse.

8. Protección de los acreedores garantizados

206. Como se ha señalado anteriormente, cuando los acreedores se vean afectados por la paralización, el régimen de la insolvencia puede adoptar ciertas medidas para proteger sus intereses. Entre esas medidas cabe prever, además de la limitación de la duración de la paralización, el levantamiento de la paralización y la adopción de medidas para evitar que, cuando el valor del crédito garantizado sea superior o similar al del bien gravado, ese bien pierda valor a raíz de su utilización o de la aplicación de la paralización. Dado que estas medidas están relacionadas entre sí, es conveniente que el régimen de la insolvencia adopte un enfoque coherente. Cuando, por ejemplo, la duración de la paralización sea breve, tal vez no sea necesario que la ley exija la protección del valor de los bienes gravados. En cambio, cuando la

paralización dure mucho tiempo, su levantamiento puede ser una medida más económica que la protección del valor del bien, siempre y cuando éste no sea necesario para el procedimiento. Naturalmente, también pueden protegerse los intereses de los acreedores garantizados de forma más general, concretamente recabando su parecer sobre la utilización o la venta de los bienes gravados, pagándoles intereses cuando el producto de los bienes sea suficiente para ello; o entregándoles el bien si su valor es inferior al del crédito garantizado. Estas medidas se analizan en las secciones que figuran a continuación. La conveniencia de una u otra forma de protección del valor del bien gravado deberá sopesarse en función de la complejidad y del costo eventual de esas medidas, así como de la necesidad de que el tribunal pueda adoptar decisiones comerciales difíciles sobre la protección de los bienes. Si se proporciona esa protección, puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia enuncie ciertas directrices sobre cómo se habrá de determinar el momento y las condiciones en que los acreedores que hayan constituido garantías reales sobre los bienes del deudor tendrán derecho a las medidas de protección que se describen a continuación.

a) Exención de los efectos de la paralización

207. En procedimientos de liquidación y de reorganización pueden darse circunstancias en las que sea conveniente remediar ciertos efectos de la paralización. Puede permitirse al acreedor garantizado solicitar medidas de exención o puede facultarse al representante de la insolvencia para entregar (con la aprobación del tribunal) el bien constituido en garantía. Entre las situaciones pertinentes cabe citar las siguientes: cuando el valor del crédito garantizado sea superior al del bien gravado; cuando no se esté amparando el valor del bien gravado para prevenir su merma; cuando ese amparo no sea posible o resulte excesivamente oneroso para la masa de la insolvencia; cuando el bien gravado no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha; cuando sea conveniente establecer limitaciones de la paralización para proteger o preservar el valor de bienes tales como los bienes perecederos; o cuando, en una reorganización, no se apruebe un plan en el plazo previsto.

208. Cuando se otorgue una medida de exención de los efectos de la paralización, el régimen de la insolvencia puede disponer que el bien gravado sea entregado al acreedor garantizado, en cuyo caso el bien dejará de formar parte de la masa de la insolvencia y el acreedor garantizado podrá ejecutar sus derechos. En algunos regímenes, puede requerirse que el representante de la insolvencia decida si el bien debe entregarse al acreedor garantizado o si puede renunciarse a él. La diferencia entre estas dos opciones radica en las repercusiones de gastos para la masa. Por ejemplo, si el bien es una voluminosa pieza de equipo industrial, su entrega al acreedor puede suponer gastos de transporte por cuenta de la masa, mientras que en caso de renuncia los gastos correrán a cargo del acreedor.

209. Si bien las disposiciones sobre las limitaciones de la paralización sirven principalmente a los intereses de los acreedores amparados por una garantía, algunos regímenes de la insolvencia prevén que la paralización pueda ser levantada en provecho de un acreedor sin garantía. Esto puede ser pertinente, por ejemplo, cuando los bienes sean perecederos y en los casos en que el régimen de la insolvencia no permita la apertura o el mantenimiento de créditos con miras a que se pueda dictaminar sobre un crédito presentado en algún otro foro donde el

procedimiento esté más avanzado y resulte conveniente concluirlo, o no admita reclamaciones contra alguna compañía aseguradora del deudor.

b) Protección del valor

210. Algunos regímenes de la insolvencia prevén disposiciones especialmente concebidas para contrarrestar el impacto negativo que la paralización pudiera tener para los acreedores garantizados y para salvaguardar el valor económico de sus créditos durante el período de la paralización (se habla a veces de su "protección adecuada").

i) Protección del valor del bien gravado

211. Cuando la masa permita mantener el valor de los bienes gravados, cabe adoptar varios enfoques. Uno de ellos consiste en proteger el valor del propio bien gravado en el entendimiento de que, a su liquidación, se abonará al acreedor el producto de la venta de ese bien que corresponda a la fracción garantizada de su crédito. Esta solución puede requerir que se adopten ciertas medidas.

212. Es posible que el bien gravado pierda valor durante la paralización. Dado que el grado de prioridad del que disfrutará un acreedor garantizado en el momento de la distribución final dependerá del valor del bien gravado, esa depreciación puede perjudicar al acreedor garantizado. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que el representante de la insolvencia deberá proteger a los acreedores garantizados de toda merma, ya sea ofreciéndoles un bien adicional o sustitutivo o abonando periódicamente en metálico la suma que corresponda a esa reducción del valor. Estas medidas sólo son necesarias si el valor del bien gravado por la garantía es inferior al monto del crédito garantizado. Si dicho valor supera al monto del crédito, el acreedor garantizado no se verá perjudicado por la desvalorización mientras el valor no llegue a ser insuficiente para pagar el crédito garantizado. Algunos países que salvaguardan el valor del bien gravado del modo indicado, autorizan además el pago de intereses durante el período de la paralización para compensar la demora impuesta por el procedimiento. No obstante, el pago de intereses podrá limitarse a los casos en que el valor del bien gravado supere el importe de la garantía. De lo contrario, la indemnización de esa demora podría dejar la masa sin bienes suficientes para el pago de los acreedores sin garantía. Este criterio puede alentar a los prestamistas a tratar de obtener garantías que cubran suficientemente el valor de sus créditos.

Valoración de los bienes gravados

213. Para proteger el valor de los bienes gravados, es de importancia primordial que exista un mecanismo para determinar el valor de esos bienes, a fin de que el tribunal pueda determinar si procede otorgar a los acreedores garantizados medidas para contrarrestar la pérdida de valor, durante el procedimiento, de los bienes constituidos en garantía y, en tal caso, el importe de la compensación. Esta cuestión plantea complejos problemas, como el del criterio que debe seguirse para la valoración (por ejemplo, el valor de la empresa como negocio en marcha o el valor de liquidación), la parte que debe realizar la valoración, y la fecha pertinente para determinar el valor, como la fecha de apertura del procedimiento (previéndose un examen continuo para hacer ajustes). Uno de los enfoques consiste, al menos en el primer caso, en que la valoración se efectúe mediante acuerdo entre las partes (es

decir, el deudor, o el representante de la insolvencia, y el acreedor garantizado). Otros regímenes prevén criterios de carácter judicial. Por ejemplo, el tribunal, en vez de encargarse él mismo de la valoración, puede especificar un método para determinar el valor y encomendar la tarea a expertos pertinentes. El régimen de la insolvencia podría enunciar principios claros en los que debería basarse la valoración. Otro método consistiría en que el tribunal, eventualmente después de que el representante de la insolvencia efectuara una estimación o evaluación inicial, determinara el valor de los bienes sobre la base de pruebas, como el estudio y las condiciones del mercado y los testimonios periciales. Algunos regímenes exigen una valoración del bien en el mercado mediante su venta, en cuyo caso el precio máximo del bien en el mercado se obtiene mediante licitación o subasta. Esta técnica de valoración no es tan aplicable a la protección del valor del bien gravado o del crédito garantizado (véase más adelante) como a la enajenación de los bienes de la masa por el representante de la insolvencia. La valoración también es importante, en el momento de la apertura, para el proceso de registro del activo y del pasivo y para la preparación del saldo neto de la situación del deudor (véase el capítulo V.A.3 b) iii)).

214. En algunos casos de liquidación, el representante de la insolvencia puede juzgar necesario vender o gravar ciertos bienes (véase el capítulo II.C) con el fin de optimizar el valor de la masa de la insolvencia. Por ejemplo, si el representante de la insolvencia estima, en una liquidación, que la mejor forma de obtener el máximo valor de la masa de la insolvencia es manteniendo el negocio en marcha durante cierto tiempo, puede recurrir a la venta de existencias que estén parcialmente gravadas. En procedimientos de reorganización también puede ser beneficioso para la masa vender bienes gravados de naturaleza similar a fin de obtener el capital necesario para realizar operaciones. Por ello, puede ser conveniente que, cuando se ampare a los acreedores garantizados salvaguardando el valor de los bienes gravados, el régimen de la insolvencia permita al representante de la insolvencia ofrecer a dichos acreedores una garantía equivalente, como un gravamen sobre otro bien o el producto de la venta de los bienes gravados, o abonarles el importe total del valor de los bienes que garantizan sus créditos respectivos, ya sea de inmediato o conforme a un calendario de pagos convenido. Otros enfoques se basan en el criterio de la utilización del producto de la venta de los bienes gravados (véase el capítulo II.C). Uno de los métodos consiste en que el tribunal impida al representante de la insolvencia utilizar dicho producto, tanto en el presente como en el futuro. Otros regímenes eximen a los acreedores garantizados de los efectos de la paralización, autorizándolos a incoar acciones respecto del producto de la venta, o, cuando ni los acreedores garantizados ni el tribunal autoricen la utilización del producto, considerar personalmente responsables del importe del producto al deudor, a los directivos de su empresa o al representante de la insolvencia, o declarar esa deuda no abonable.

ii) Protección del valor de la parte garantizada de un crédito

215. La segunda forma de proteger los intereses de los acreedores garantizados consiste en proteger el valor de la fracción garantizada de sus respectivos créditos. Nada más declararse la apertura, se valorará el bien gravado y, en función de esa valoración, se determinará el importe de la parte garantizada del crédito. Este monto se mantendrá fijo durante todo el procedimiento y, al procederse a la liquidación y

subsiguiente distribución del producto de la misma, el acreedor que sea beneficiario de la garantía gozará de prioridad para cobrar el importe determinado. Durante el procedimiento, el acreedor amparado por una garantía podrá percibir, además, a modo de compensación por la demora impuesta por el procedimiento, la tasa de interés contractual prevista para la fracción garantizada de su crédito.

9. Restricciones de la libertad del deudor para disponer de sus bienes

216. Además de las medidas destinadas a proteger la masa de la insolvencia frente a las acciones presentadas por los acreedores o por terceros (véase al respecto el capítulo II.A.2 e)), los regímenes de la insolvencia suelen prever medidas para limitar el alcance de los actos de disposición del deudor respecto de los bienes incluidos en la masa. Esas medidas son por lo general aplicables una vez iniciados los procedimientos, pero en algunos casos se aplican también entre el momento de la solicitud de apertura y el de la apertura en sí. Por ejemplo, si se nombra un representante provisional de la insolvencia como medida cautelar antes de la apertura del procedimiento, el deudor puede verse sujeto a la supervisión o control de ese representante de la insolvencia, y generalmente tendrá un poder de disposición limitado sobre sus bienes. En algunos regímenes de la insolvencia, ese período interino sólo existirá en los casos de solicitud a instancia de acreedores, porque toda solicitud presentada por el deudor provocará automáticamente la apertura de un procedimiento.

217. Muchos regímenes de la insolvencia prevén que, cuando se nombra un representante de la insolvencia en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, el deudor perderá todo el control sobre la masa de la insolvencia y no podrá realizar ninguna operación después de la apertura, o bien seguirá teniendo facultades, pero limitadas, para la gestión cotidiana de la empresa y sólo podrá realizar operaciones en el curso ordinario de los negocios. Las operaciones que no entren en esta categoría, como la venta de bienes importantes, pueden precisar la autorización del representante de la insolvencia, del tribunal o, en algunos casos, de los acreedores[37].

218. En general, la consecuencia de toda operación no autorizada realizada por el deudor entre la solicitud y la apertura o después de la apertura será la obligación de devolver al representante de la insolvencia los bienes transferidos; además, las obligaciones que se deriven de tal operación no autorizada no podrán hacerse valer frente a la masa de la insolvencia. No obstante, pueden plantearse problemas respecto de la otra parte en dicha operación, especialmente cuando haya actuado de buena fe y haya aportado una contraprestación por lo recibido. Por esta razón, algunos regímenes de la insolvencia reconocen la validez de esas operaciones en determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando se haya transferido un inmueble y la transmisión se haya efectuado antes de que la apertura se haya hecho constar en el correspondiente registro, o cuando un tercero que tenga en su poder ciertos bienes del deudor los haya transmitido a otra parte de buena fe y sin tener conocimiento de la apertura de un procedimiento de insolvencia. Si bien una disposición de esta índole protegerá a terceros inocentes, tendrá también como consecuencia la reducción de los bienes de que puedan disponer los acreedores. Por lo tanto, es conveniente que si se prevé tal disposición en un régimen de la insolvencia, se

[37] Otros aspectos de estas operaciones se analizan en el capítulo II.A.2 e), II.C. y II.E.7.

limiten estrictamente los supuestos en que será aplicable. Dado que el período que medie entre la apertura y su notificación puede ser crucial cuando se produzcan tales transferencias, es esencial que los requisitos para la notificación de la apertura propicien una notificación rápida y eficaz (véase el capítulo I.B).

219. Algunos regímenes de la insolvencia regulan los contratos celebrados y las operaciones realizadas por el deudor entre la solicitud y la apertura que no hayan sido autorizados por el régimen de la insolvencia, por el representante de la insolvencia, por el tribunal o por los acreedores (según se requiera) sometiéndolos a las disposiciones sobre nulidad (véase el capítulo II.F) y aplicando retrospectivamente el período de sospecha desde la apertura del procedimiento.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre la protección y la conservación de la masa tienen por objeto:

a) introducir medidas que impidan que el valor de la masa se vea mermado por las acciones entabladas por el deudor, los acreedores o terceros;

b) determinar el alcance de esas medidas y las partes a las que se aplican;

c) establecer el método, el momento y la duración de la aplicación de esas medidas;

d) establecer los motivos para eximir de los efectos de esas medidas.

Contenido de las disposiciones legales

Medidas cautelares[38]

27) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá conceder una exención de carácter provisional, a petición del deudor, de los acreedores o de terceros, si tal exención es necesaria para proteger y preservar el valor de los bienes del deudor[39] o los intereses de los acreedores entre la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento[40], concretamente:

a) paralizando la ejecución de medidas contra los bienes del deudor, incluido [el perfeccionamiento] [las acciones encaminadas a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros] o la ejecución de garantías reales;

b) confiando la administración o la supervisión de la empresa del deudor, lo cual puede incluir la facultad de utilizar y disponer de los bienes en el curso

[38] Estos artículos se ajustan a los artículos correspondientes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza).

[39] La mención de los bienes en los párrafos a) a c) se refiere únicamente a los que forman parte de la masa de la insolvencia.

[40] El régimen de la insolvencia debería especificar el momento a partir del cual surtirá efecto la medida cautelar, por ejemplo, el momento en que se haya dictado la medida o retroactivamente en el momento de la apertura antes de dictarse la medida, o en cualquier otro momento.

ordinario de los negocios, a un representante de la insolvencia o a otra persona[41] designada por el tribunal;

c) encomendando la venta de todos los bienes del deudor o de parte de ellos a un representante de la insolvencia o a otra persona designada por el tribunal, a fin de proteger y preservar el valor de los bienes del deudor que, por su naturaleza o por otras circunstancias, sean perecederos, puedan desvalorizarse o estén expuestos a algún otro riesgo; y

d) adoptando cualquier otra limitación de las que sean aplicables automáticamente en el momento de la apertura del procedimiento.

Indemnización por los efectos de las medidas cautelares

28) La ley podrá facultar al tribunal para:

a) exigir a quien solicite medidas cautelares que aporte una indemnización y, en su caso, pague las costas u otros gastos;

b) imponer sanciones en relación con una solicitud de medidas cautelares.

Equilibrio entre los derechos del deudor y los del representante de la insolvencia

29) El régimen de la insolvencia debería establecer claramente el equilibrio entre los derechos y obligaciones del deudor y de todo representante de la insolvencia designado en el marco de una medida cautelar. En el período comprendido entre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura de dicho procedimiento, el deudor tiene derecho a seguir dirigiendo su empresa y a utilizar y disponer de los bienes en el curso ordinario de los negocios, a reserva de las restricciones que le imponga el tribunal.

Notificación

30) El régimen de la insolvencia debería especificar que, a menos que el tribunal dispense a una parte del deber de notificación o limite esa obligación, deberá notificarse a las partes interesadas que se vean afectadas por:

a) una solicitud u orden judicial de medidas cautelares (incluidas las solicitudes de revisión o modificación y revocación de tales medidas);

b) una orden judicial de medidas suplementarias aplicables en el momento de la apertura, a menos que el tribunal dispense a una parte del deber de notificación o limite esa obligación.

31) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando no se notifique una solicitud de medida cautelar al deudor o a otra parte interesada que se vea afectada por dicha medida [en el plazo de un número especificado de días] [previa solicitud urgente] [en un plazo razonable] [con la mayor prontitud][42], el deudor o la parte interesada que se vea afectada por la medida cautelar tendrá derecho a exponer

[41] Las palabras “otra persona”, empleadas en los párrafos b) y c) de la recomendación 27) no incluyen al deudor.

[42] Todo plazo legal debería ser breve para impedir que disminuyera el valor del negocio del deudor.

sus argumentos antes de que el tribunal decida si debe mantenerse o no la dispensa de notificación.

Modificación o revocación de medidas cautelares

32) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá, por iniciativa propia o a petición del representante de la insolvencia, del deudor, de un acreedor o de toda persona afectada por las medidas cautelares, revisar y modificar o revocar esas medidas.

Revocación de medidas cautelares en el momento de la apertura

33) El régimen de la insolvencia debería especificar que quedarán revocadas las medidas cautelares cuando entren en efecto las medidas automáticamente aplicables en el momento de la apertura del procedimiento, salvo si el tribunal opta por mantenerlas.

Medidas aplicables en el momento de la apertura

34) El régimen de la insolvencia debería especificar que, en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia[43]:

a) se paralizará el inicio o la continuación de acciones individuales o de procedimientos[44] que afecten a los bienes del deudor, así como los derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

b) se paralizará [la constitución] [toda acción encaminada a que las garantías reales sean eficaces frente a terceros] o la ejecución de garantías reales[45];

c) se paralizará toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia;

d) se suspenderá el derecho de otra parte a poner fin a todo contrato con el deudor[46]; y

e) se suspenderá el derecho a transmitir o gravar cualquier bien de la masa de la insolvencia o a disponer de él de algún otro modo[47].

---

[43] Por lo general, las medidas enunciadas surten efecto en el momento de dictarse la orden de apertura.

[44] Véase el artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Se pretende que las acciones individuales mencionadas en el párrafo a) de la recomendación 34) abarquen también las acciones entabladas ante un tribunal arbitral. Sin embargo, tal vez no sea siempre posible paralizar automáticamente las actuaciones arbitrales, como en los supuestos en que el arbitraje no se celebre en el propio Estado sino en el extranjero.

[45] Cuando un régimen de las operaciones garantizadas prevea un período de gracia para la constitución de una garantía real, convendrá estudiar también si el régimen de la insolvencia debería reconocer ese período de gracia y prever una excepción, eximiendo a los acreedores garantizados de la paralización para permitir la constitución de garantías reales en las circunstancias del caso (véase la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas).

[46] Véase el capítulo II.D 2) a). Esta recomendación no tiene la finalidad de evitar que se ponga fin a un contrato si éste estipula una fecha de terminación que resulta ser posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia.

Excepciones oponibles a la paralización

35) La ley podrá permitir excepciones a la paralización o la suspensión prevista en la recomendación 34) y, cuando lo haga, deberá enunciar claramente las excepciones. El párrafo a) de la recomendación 34) no debería afectar al derecho a entablar acciones o procedimientos individuales necesarios para preservar algún derecho frente al deudor[48].

Otras medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento

36) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá conceder otras limitaciones de las medidas aplicables en el momento de la apertura del procedimiento[49].

Duración de las medidas automáticamente aplicables al iniciarse un procedimiento

37) El régimen de la insolvencia debería especificar que las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia mantendrán sus efectos durante todo el procedimiento de insolvencia hasta que:

a) el tribunal otorgue una exención al respecto[50];

b) en un procedimiento de reorganización, entre en vigor un plan de reorganización[51];

c) en el caso de los acreedores garantizados en procedimientos de liquidación, expire el período fijado por la ley[52], a menos que el tribunal prorrogue ese período cuando se demuestre que:

i) la prórroga es necesaria para maximizar el valor de los bienes en beneficio de los acreedores; y

ii) el acreedor garantizado quedará protegido de toda pérdida de valor del bien gravado.

---

[47] La limitación del derecho a transferir o gravar bienes de la masa de la insolvencia o a disponer de ellos de alguna otra forma puede ser objeto de una excepción en los casos en que se autorice al deudor a continuar sus actividades comerciales y en que éste pueda transferir o gravar sus bienes o disponer de ellos de otra manera en el curso ordinario de sus negocios.

[48] Véase el artículo 20 3) y los párrafos 151 y 152 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Cuando se plantee una cuestión relativa a la cuantificación de una reclamación, se puede pedir al tribunal que adopte una decisión contra la paralización a fin de poder entablar una acción o un procedimiento con ese fin

[49] Las medidas suplementarias otorgables dependerán de los tipos de medidas previstas en cada ordenamiento jurídico, así como de las medidas que resulten más adecuadas en un determinado procedimiento de insolvencia (además de las ya aplicables en el momento de la apertura).

[50] Las medidas de exención deberían otorgarse por los motivos enunciados en la recomendación 38).

[51] El plan puede entrar en vigor al ser aprobado por los acreedores o confirmado por el tribunal, según lo que requiera (véanse las recomendaciones que figuran en el capítulo V.A).

[52] La finalidad es que la paralización sólo se aplique a los acreedores garantizados durante un breve período, por ejemplo de 30 a 60 días, y que la ley especifique claramente el período de aplicación.

Exención de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento

38) El régimen de la insolvencia debería especificar que un acreedor garantizado podrá solicitar al tribunal que lo exima de los efectos del tipo de medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento por motivos que pueden ser, entre otros:

a) el hecho de que el bien gravado no sea necesario para una eventual reorganización o venta de la empresa del deudor;

b) [cuando el valor del crédito del acreedor garantizado exceda del valor del bien gravado,] el hecho de que el valor económico del bien gravado se esté mermando y de que el acreedor garantizado no esté protegido contra esa pérdida de valor;

c) en una reorganización, el hecho de que no se haya aprobado un plan de reorganización en el plazo pertinente.

Protección frente a una merma del valor del bien gravado

39) El régimen de la insolvencia debería especificar que el acreedor garantizado podrá solicitar protección al tribunal. Cuando el valor del bien gravado no exceda del valor del crédito garantizado o sea insuficiente para cubrir dicho crédito si el valor del bien gravado sufre una merma a consecuencia de la imposición de las medidas aplicables en el momento de la apertura, la protección otorgable podrá consistir, entre otras medidas, en:

a) pagos en efectivo a cargo de la masa;

b) la aportación de una garantía suplementaria; o

c) otras medidas que el tribunal considere apropiadas.

C. Utilización y disposición de los bienes

1. Introducción

220. Si bien como principio general es conveniente que el régimen de la insolvencia no interfiera indebidamente en el derecho de propiedad de terceros ni en el de los acreedores garantizados, en los procedimientos de insolvencia suele ser necesario seguir usando los bienes de la masa de la insolvencia y los bienes en posesión del deudor utilizados en su empresa, o poder disponer de ellos (incluso gravándolos) para cumplir con el objetivo de cada procedimiento. Esto será especialmente importante en caso de reorganización, pero también en el de liquidación cuando se desee vender la empresa como negocio en marcha. También puede ser importante en algunos casos de liquidación, cuando sea necesario mantener la empresa en marcha durante un breve período para poder obtener de los bienes el máximo de su valor, aun cuando tengan que venderse individualmente. Por estas razones, es conveniente que un régimen de insolvencia prevea cláusulas sobre la utilización o la disposición de los bienes de la masa (incluidos los bienes gravados) y de los bienes de terceros, estableciendo las condiciones en que esos bienes podrán usarse y en que podrá disponerse de ellos, asegurando también la protección de los intereses de terceros

que sean propietarios de bienes y de los acreedores con créditos garantizados. Al formularse este tipo de disposiciones, puede ser importante tener en cuenta que los poderes en materia de insolvencia pueden verse afectados por otras leyes. En particular, la legislación que prohíba o restrinja la propiedad extranjera en determinados sectores de la economía puede tener como consecuencia una limitación del precio que puede obtenerse de ciertos bienes, repercutiendo a su vez en la distribución entre los acreedores.

2. Bienes de la masa de la insolvencia

a) Curso ordinario de los negocios

221. Con respecto a la disposición de los bienes de la masa de la insolvencia, algunos regímenes distinguen entre el ejercicio de estas facultades en el curso ordinario de los negocios del deudor y su ejercicio en otras circunstancias, fijando en cada uno de los dos casos quién puede ejercer esas facultades y las medidas de protección necesarias. Por ejemplo, las decisiones respecto de la utilización y la disposición de los bienes en el curso ordinario de los negocios pueden corresponder al representante de la insolvencia[53] sin que le sea necesario notificar a los acreedores o presentarse al juez. En cambio, cuando se utilicen los bienes o se disponga de ellos al margen del curso ordinario de los negocios, puede requerirse la aprobación del tribunal o de los acreedores. Algunos regímenes hacen extensivos esos derechos de utilización y disposición al deudor, bajo la supervisión o el control de un representante de la insolvencia, o al deudor que conserve la posesión de los bienes.

222. Los problemas que pueda plantear el ejercicio de los poderes de utilización y disposición por el representante de la insolvencia y la posibilidad de abusos o de desfalco pueden prevenirse al fijar los criterios para el nombramiento, exigiendo, entre otras cosas, el depósito de una caución, como es el caso en muchos regímenes (véase también el capítulo III.B), y adoptando otras medidas que regulen la responsabilidad del representante de la insolvencia.

223. El hecho de que el régimen de la insolvencia haga una distinción entre la disposición de los bienes en el curso ordinario de los negocios o en otras circunstancias puede facilitar la continuidad en la gestión cotidiana de la empresa, tanto en una reorganización como en una liquidación en que se venda la empresa como negocio en marcha, sin imponer requisitos complejos para obtener la aprobación judicial de actividades rutinarias. El requisito de aprobación en el caso de disposición no rutinaria de bienes puede ser una salvaguardia frente a posibles abusos, como la disposición de bienes en beneficio de partes allegadas. No obstante, es preciso que el régimen de la insolvencia defina claramente lo que constituye una operación realizada en el curso ordinario de los negocios, a fin de evitar controversias y de asegurar que los procedimientos se lleven a cabo con rapidez y

[53] El ejercicio de esos derechos por el representante de la insolvencia depende del papel que le atribuya el régimen de la insolvencia y puede estar restringido, por ejemplo, cuando la función del representante de la insolvencia sea la de síndico o supervisor, y también depende de las funciones respectivas que se asignen al deudor y al representante de la insolvencia (véase el capítulo III.A y B) tras la apertura del procedimiento de insolvencia, especialmente en caso de reorganización.

eficiencia (en el capítulo II.F.2 figura un análisis de las operaciones que pueden entrar en el concepto de "curso ordinario de los negocios").

224. Algunas leyes de insolvencia también distinguen entre diferentes tipos de bienes en función del modo en que pueden ser utilizados y de las condiciones que se les aplicarán. Cabría adoptar disposiciones especiales, por ejemplo, para los bienes perecederos, para otros tipos de bienes que pierdan valor si no se venden rápidamente o cobrando en efectivo, o para bienes que el deudor posea conjuntamente con un tercero o que el deudor tenga en su poder pero estén sujetos a una garantía real.

b) Métodos de venta

225. Cuando los bienes de la masa deban venderse, es importante que, independientemente de qué parte deba supervisar las ventas, el modo de venta elegido permita obtener el máximo valor de la masa y que se notifique adecuadamente la venta a los acreedores, permitiéndoles impugnarla judicialmente si la desaprueban. Estos objetivos pueden lograrse de diferentes maneras. Muchos regímenes de la insolvencia requieren que los bienes se vendan en subasta, y algunos permiten que el comité de acreedores, algún otro representante de los acreedores o el representante de la insolvencia aprueben alguna otra forma de venta, como la venta mediante contrato privado, si resulta más provechosa.

226. Como se ha señalado, algunos regímenes confieren al representante de la insolvencia la facultad de vender en el curso ordinario de los negocios y lo obligan a obtener el mejor precio que sea razonable en el momento de la operación. Algunos de estos regímenes también limitan la facultad discrecional del representante para elegir el método de venta. En los casos en que el representante opta por realizar una venta privada, y no mediante una subasta pública, la ley puede exigir que el tribunal supervise debidamente la operación o que los acreedores la aprueben expresamente. En otras legislaciones el tribunal desempeña una función importante a la hora de vender los bienes, fijando la fecha, la forma y las condiciones de la venta; el representante de la insolvencia desempeña la función subsidiaria de reunir las ofertas y recabar las opiniones de los acreedores. Algunos regímenes de la insolvencia también regulan otras cuestiones, como la venta a un acreedor para satisfacer su crédito y la venta de cualquiera de los bienes del deudor a un tercero que esté en posesión de dichos bienes por un precio de mercado razonable. Cuando los bienes puedan sufrir una rápida pérdida de valor, como los bienes perecederos, puedan desvalorizarse o corran algún otro riesgo, puede ser difícil notificar rápidamente a los acreedores o al tribunal u obtener de inmediato la aprobación de éste o de aquéllos. En tales casos, puede ser conveniente que la ley dispense del requisito de aprobación previa. Si bien cabría confirmar la venta una vez realizada, no sería viable prever la posibilidad de anularla o modificarla (salvo en casos de fraude o colusión), debido a la incertidumbre contractual que podría crearse, y porque, de por sí, la naturaleza de los bienes podría impedir toda posibilidad de reventa.

227. Si bien cabe sugerir que el régimen de la insolvencia debe descartar explícitamente la venta a personas allegadas para evitar el peligro de colusión, tal vez no sea necesario prohibir terminantemente tal venta, si la operación se supervisa de forma adecuada y si, antes de autorizarla, se estudia la propuesta de venta con

detenimiento, a fin de evitar el fraude o la colusión. Para esa supervisión y ese examen previo pueden imponerse requisitos de mayor envergadura, como la valoración de los bienes y la revelación de las relaciones comerciales de la empresa.

228. Si bien cabe prever que la venta de bienes a raíz de un procedimiento de insolvencia puede reportar menos dinero que la venta de bienes similares realizada en condiciones normales de mercado, el régimen de la insolvencia puede adoptar ciertas salvaguardias de procedimiento a fin de asegurar que la venta se realice en condiciones de equidad, que se obtenga el máximo precio y, en general, que el proceso de disposición de los bienes sea transparente y sea objeto de una publicidad adecuada. Estas salvaguardias pueden consistir en notificar a los acreedores y a los posibles compradores de tal modo que la información pueda llegar a conocimiento de las partes interesadas; permitir que los acreedores formulen objeciones o expresen sus preocupaciones (ya sea ante el representante de la insolvencia o ante el tribunal, según proceda); exigir que los bienes sean tasados por peritos neutrales e independientes (especialmente tratándose de bienes de la masa de la insolvencia o bienes especializados); y, en el caso de subastas, requiriendo, en su caso, un proceso de calificación previa de los licitantes y precios mínimos, y previniendo y sancionando toda colusión entre licitantes.

c) Utilización o disposición de bienes gravados

229. Un régimen de la insolvencia deberá regular la cuestión de la utilización o disposición de los bienes gravados (sin imponerles nuevos gravámenes) y, en particular, determinar si el representante de la insolvencia o el titular del crédito garantizado estará facultado para venderlos. En gran medida, el criterio que se adopte dependerá de si el régimen de la insolvencia considera que los bienes gravados forman parte de la masa; de no ser así, el titular del crédito garantizado tendrá generalmente la libertad de hacer valer su garantía real. Cuando los bienes gravados forman parte de la masa también varían los criterios aplicados por las legislaciones, que en algunos casos dependen de la aplicación de otras disposiciones del régimen de la insolvencia (y de otras reglas de derecho), tales como la aplicación de la paralización (durante la cual sólo el representante de la insolvencia puede disponer de los bienes) y de si los bienes gravados pueden venderse libres de gravámenes. También puede depender del carácter de la venta propuesta, ya sea como bien individual o como parte integrante de la venta de la empresa como negocio en marcha. Algunas legislaciones disponen, por ejemplo, que sólo el representante de la insolvencia podrá disponer de los bienes gravados, tanto en caso de liquidación como de reorganización. Otros regímenes distinguen entre la liquidación y la reorganización. En esos países, sólo el representante podrá disponer de los bienes en caso de reorganización, pero en una liquidación esa facultad está limitada temporalmente, y cuando expire el período de exclusividad del representante de la insolvencia, el titular del crédito garantizado podrá ejercer sus derechos. Sea cual sea el enfoque adoptado, el régimen de la insolvencia debería prever la obligación de notificar a los acreedores garantizados y el derecho de éstos a formular objeciones. No obstante, cuando el valor del crédito sea superior al del bien y cuando ese bien no sea necesario para el procedimiento, podrá autorizarse al representante de la insolvencia a renunciar al bien gravado poniéndolo a la disposición del acreedor garantizado sin previa notificación.

230. El régimen de la insolvencia debería también enunciar las condiciones para la imposición de nuevos gravámenes sobre bienes ya sujetos a garantías reales. La condición más habitual consiste en dar prelación al acreedor garantizado existente, respecto de la parte garantizada de su crédito, sobre todo nuevo acreedor garantizado (véase el capítulo II.D.3).

d) Capacidad del representante de la insolvencia para vender el bien libre de gravámenes

231. Algunos regímenes establecen que el representante de la insolvencia puede vender los bienes de la masa libres de gravámenes, aunque sean garantías reales, siempre que se cumplan determinadas condiciones, por ejemplo, que la venta esté permitida por el derecho general, al margen del régimen de la insolvencia, que el titular de la garantía sea notificado de la venta propuesta y que la consienta, que el precio de venta sea superior al valor de la garantía real; que el titular de dicha garantía pueda ser obligado (en otro procedimiento judicial) a aceptar el pago en metálico u otra garantía equivalente para saldar su crédito; y que se preserve la prelación de los derechos sobre el producto de toda venta. Algunas leyes también disponen que cuando el titular de la garantía real no consienta la venta, el representante de la insolvencia podrá solicitar autorización judicial, que será concedida siempre que el tribunal considere, por ejemplo, que el representante ha realizado esfuerzos razonables para obtener el consentimiento, y que la venta redundará en beneficio del deudor y de sus acreedores y no perjudicará sustancialmente al titular de la garantía. Aun en el caso de que el tribunal apruebe la venta, si la oferta por el bien es insuficiente, la ley puede permitir al titular de la garantía real conservar su derecho a compensar la oferta para proteger su garantía.

232. Las ventajas de que el representante de la insolvencia pueda vender los bienes sin gravámenes radican en que por bienes sujetos a garantías reales se pagaría un precio muy inferior y esa situación crearía una considerable incertidumbre para el comprador. Cuando diversas partes compitan por los bienes gravados con reclamaciones fundadas en la propiedad, el arriendo o un gravamen, esta facultad del representante permitirá vender los bienes (que no sean únicos) sin tener que esperar hasta que se diriman las reclamaciones, y los demandantes podrán entonces reclamar su parte en la distribución del producto de la venta.

e) Bienes en copropiedad

233. Cuando los bienes sean propiedad del deudor y de otra persona en alguna forma de propiedad conjunta o copropiedad, cabe seguir diferentes criterios para disponer de los bienes del deudor. Cuando las normas del derecho general permitan dividir los bienes entre el deudor y los copropietarios a efectos de ejecución, podrá venderse la parte correspondiente a la masa de la insolvencia sin perjudicar a los copropietarios. No obstante, algunos regímenes de la insolvencia establecen que, cuando se cumplan determinadas condiciones, el representante podrá vender tanto la parte correspondiente a la masa como la de los copropietarios. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando la división de la propiedad entre la masa y los copropietarios no sea factible, cuando la venta de una parte dividida aportara considerablemente menos valor a la masa que la venta del total indiviso de las partes de todos los copropietarios, y cuando el beneficio que esa venta represente para la masa compense ampliamente cualquier perjuicio que pueda sufrir el copropietario. El

régimen de la insolvencia también puede dar al copropietario la opción o el derecho a comprar la parte del deudor antes de que se perfeccione la venta a un tercero. Tal como se ha señalado en el capítulo anterior (véase el capítulo II.A.2), la disposición de esos bienes en la insolvencia puede estar sujeta a la aplicación de otras disposiciones legales.

f) Bienes gravosos, carentes de valor y difíciles de convertir en efectivo

234. Puede ocurrir que, a fin de lograr el máximo valor y de reducir los costos del procedimiento, sea conveniente permitir que el representante de la insolvencia renuncie a determinados bienes de la masa, entre ellos terrenos, acciones, bienes sujetos a garantías reales válidas, contratos u otros bienes, cuando el representante determine que la renuncia favorecerá a la masa y cuando el acreedor garantizado obtenga una exención de los efectos de la paralización. El ejercicio de esta facultad puede estar sujeto a la aprobación del tribunal o a ciertas condiciones, como la de que esa renuncia no afecte a ningún interés público vital, por ejemplo, si el bien es ecológicamente peligroso y puede perjudicar la salud y la seguridad públicas. Este criterio puede ser adecuado en determinadas situaciones, como, por ejemplo, cuando los bienes tengan un valor insignificante o nulo para la masa, cuando sean tan gravosos que su retención supondría un gasto excesivo y superior a lo que se obtendría de ellos o crearía una obligación onerosa o una responsabilidad de pagar dinero; o cuando el bien resulte imposible o muy difícil de vender por el representante de la insolvencia, por ejemplo, cuando se trate de un bien único, que no tenga valor de mercado o para el que no haya un mercado fácilmente accesible. El representante de la insolvencia debería notificar a los acreedores toda propuesta de renunciar a bienes y darles la oportunidad de formular objeciones al respecto.

g) Créditos

235. Cuando los bienes de la masa incluyan créditos (derechos contractuales del deudor a que se le pague una suma de dinero), sería conveniente que el representante de la insolvencia pudiera ceder los derechos de cobro para obtener, por ejemplo, un valor para la masa o crédito. Con respecto a la cuestión de la cesión en el contexto de la insolvencia se siguen distintos criterios (véase el capítulo II.D). Algunos regímenes establecen que con la apertura del procedimiento de insolvencia quedan anuladas las cláusulas de intransferibilidad. Otras legislaciones dejan que la cuestión se rija por el derecho general de los contratos. Cuando el contrato contenga una cláusula de intransferibilidad, no podrá cederse sin el acuerdo de las partes en el contrato originario. También puede haberse establecido que cuando la otra parte en el contrato originario no consienta en la cesión, el representante de la insolvencia podrá seguir adelante con el permiso del tribunal, siempre y cuando se demuestre que la parte contraria deniega el consentimiento sin motivo razonable. En tal caso, el representante podrá ceder el contrato en provecho de la masa de la insolvencia. Este criterio se ajusta al enfoque adoptado en el artículo 9 de la Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001)[54].

---

[54] Artículo 9. Limitaciones contractuales de la cesión:

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

3. Bienes que sean propiedad de terceros

236. Habrá casos de insolvencia en los que los bienes propiedad de terceros, al igual que los bienes gravados, podrán ser indispensables para la explotación ininterrumpida del negocio, particularmente en procedimientos de reorganización, pero también en menor medida en algunos procedimientos de liquidación, cuando deba venderse la empresa como negocio en marcha. En esos casos, sería conveniente que el régimen de la insolvencia estableciera algún mecanismo que permitiera seguir utilizando esos bienes en el procedimiento de insolvencia. Algunas legislaciones resuelven esta cuestión en función del tipo de bienes que se incluyen en la masa de la insolvencia (véase el capítulo II.A.2 c) y 3 a)). Los regímenes en que la posesión del bien por el deudor está sujeto a un acuerdo contractual regulan esta cuestión en el contexto de la normativa aplicable a los contratos (véase el capítulo II.E). Puede haberse previsto, por ejemplo, la imposición de ciertas restricciones a la resolución del contrato en virtud del cual los bienes obren en poder del deudor (véase el capítulo II.A.2 a), o medidas para impedir, mediante una paralización durante cierto tiempo después de la apertura, que el propietario los reclame en la insolvencia (al menos sin la aprobación del tribunal o del representante de la insolvencia).

237. Cuando en el procedimiento de insolvencia se usen bienes propiedad de terceros, la ley deberá contemplar la protección de los derechos del propietario de los bienes frente a toda pérdida de valor de éstos, de la misma forma en que se protege a los titulares de créditos garantizados frente a toda disminución del valor de los bienes gravados (véase el capítulo II.B.3 b)). Es conveniente que todo beneficio conferido a la masa por utilizar continuamente un bien sea computada como gasto de administración de la masa (véase el capítulo II.E).

---

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad del cedente por el incumplimiento de tal acuerdo, pero la otra parte en ese acuerdo no podrá resolver el contrato originario ni el contrato de cesión por la sola razón de ese incumplimiento. Quien no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de haber tenido conocimiento del acuerdo.

3. El presente artículo será aplicable únicamente a la cesión de créditos:

a) Cuyo contrato originario sea un contrato de suministro o arrendamiento de bienes muebles o servicios que no sean financieros, un contrato de construcción de obras o un contrato de compraventa o arrendamiento de bienes inmuebles;

b) Cuyo contrato originario sea un contrato de compraventa, arrendamiento o concesión de licencia de un derecho de propiedad industrial o de información protegida;

c) Que representen la obligación de pago correspondiente a una operación con tarjeta de crédito; o

d) Que queden al cedente como saldo neto de los pagos debidos en virtud de un acuerdo de compensación global por saldos netos concertado entre más de dos partes.

4. Régimen aplicable al producto en metálico de la venta

238. Cuando los bienes gravados "liquidables", es decir, bienes gravados como las existencias inventariadas que sean fáciles de convertir en efectivo, se vendan durante un procedimiento de insolvencia, la mayoría de los regímenes de la insolvencia prevén que los acreedores cuyos créditos estén amparados por garantías constituidas sobre bienes tendrán también un derecho equivalente sobre el producto en efectivo de la venta de dichos bienes.

239. Los fondos obtenidos a raíz de la venta de tales bienes pueden representar una importante fuente de capital para la masa durante los procedimientos de insolvencia, especialmente en caso de reorganización, y pueden utilizarse con distintos fines en la gestión de la empresa, como el pago de la electricidad y de otros gastos en concepto de servicios. Para utilizar el producto en metálico, el representante de la insolvencia dispone generalmente de dos opciones. El producto en efectivo podrá utilizarse, o bien con el consentimiento del acreedor garantizado pertinente, con arreglo a lo convenido entre las partes, o bien mediante una solicitud presentada con tal fin al tribunal, previa notificación de los acreedores afectados. Normalmente, el tribunal, antes de autorizar la utilización del producto en efectivo, deberá determinar tres cosas: la garantía real del caso y el valor del correspondiente bien gravado; el riesgo que puede suponer la utilización del bien para el acreedor garantizado; y la adopción de medidas para proteger el valor económico del crédito garantizado, que deberán ser suficientes (véase el capítulo II.B.8 b)).

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

La finalidad de las disposiciones sobre la utilización y disposición de los bienes es:

a) permitir la utilización, en procedimientos de insolvencia, de bienes, entre ellos los bienes gravados y los que sean propiedad de terceros, y especificar las condiciones en que se podrá disponer de ellos;

b) imponer límites a las facultades de uso y disposición;

c) notificar, en su caso, a los acreedores la disposición que se vaya a hacer de los bienes;

d) prever normas que regulen los bienes gravosos.

Contenido de las disposiciones legales

Facultad para usar y disponer de los bienes de la masa de la insolvencia

40) El régimen de la insolvencia debería permitir:

a) la utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes sujetos a garantías reales) en el curso normal de los negocios;

b) la utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes sujetos a garantías reales) fuera del curso ordinario de los negocios, a reserva de los requisitos enunciados en las recomendaciones 41) y 44).

Notificación y publicación de los actos de disposición

41) El régimen de la insolvencia debería especificar que todo acto de disposición de los bienes no realizado en el curso ordinario de los negocios deberá notificarse adecuadamente a los acreedores[55], que deberán tener la oportunidad de formular objeciones.

42) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda subasta pública deberá anunciarse por los medios de difusión de tal manera que la información pueda llegar al conocimiento de las partes interesadas.

Facultad de vender bienes de la masa que no estén gravados ni sujetos a otros gravámenes

- Ventas realizadas en el curso ordinario de los negocios

43) La ley podrá permitir al representante de la insolvencia vender, en el curso ordinario de los negocios, bienes de la masa que no estén gravados ni sujetos a otros gravámenes, siempre que:

a) El representante de la insolvencia notifique la venta propuesta a los titulares de garantías reales o de otros gravámenes;

b) Los titulares de dichos gravámenes tengan la oportunidad de oponerse a la venta propuesta;

c) No se haya dictado ninguna limitación de la paralización;

d) Se preserve la prelación de los derechos sobre el producto de la venta del bien.

- Ventas realizadas al margen del curso ordinario de los negocios

[44) La ley podrá permitir al representante de la insolvencia vender, al margen del curso ordinario de los negocios, bienes de la masa que no estén gravados ni sujetos a otros gravámenes, siempre y cuando se cumplan los requisitos de las recomendaciones 41) y 43).]

Métodos generales de venta

45) El régimen de la insolvencia debería especificar métodos para realizar ventas al margen del curso ordinario de los negocios que permitan obtener el máximo valor de los bienes vendidos en procedimientos de insolvencia, y permitir tanto subastas públicas como ventas privadas.

Ventas urgentes

46) El régimen de la insolvencia debería permitir la venta urgente, al margen del curso ordinario de los negocios, de bienes que, por su naturaleza o por otras circunstancias, sean perecederos, sean susceptibles de devaluación o estén expuestos a otros riesgos. La ley puede disponer que, en tales circunstancias, no se requiera la aprobación previa del tribunal o de los acreedores.

---

[55] Cuando los bienes utilizados en procedimientos de insolvencia sean bienes gravados, su utilización también estará sujeta a la recomendación 43).

Disposición de bienes en beneficio de personas allegadas

47) El régimen de la insolvencia debería exigir que toda propuesta de disposición de bienes en beneficio de personas allegadas fuera objeto de un minucioso examen antes de ser aprobada.

Bienes gravosos

48) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia determinar la forma de proceder respecto de bienes que resulten gravosos para la masa. En particular, la ley puede permitir al representante renunciar a bienes gravosos, después de notificar a los acreedores al respecto y de darles la oportunidad de oponerse a la medida propuesta. No obstante, cuando el valor del crédito garantizado sea superior al del bien gravado, y cuando dicho bien no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha, la ley podrá permitir que el representante de la insolvencia renuncie al bien y lo entregue al acreedor garantizado sin antes notificar a los demás acreedores.

D. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

1. Necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento

240. El hecho de que la empresa del deudor siga funcionando después de la apertura del procedimiento de insolvencia es fundamental para la reorganización, y también es importante en caso de liquidación cuando la empresa deba venderse como negocio en marcha. Para que la empresa pueda seguir funcionando, el deudor debe tener acceso a una financiación que le permita seguir sufragando el pago de bienes y servicios esenciales, incluidos los costos de personal, los seguros, los alquileres, el mantenimiento de contratos y otros gastos de explotación, así como los costos que entrañe la conservación del valor de los bienes. En algunos casos de insolvencia, el deudor puede disponer previamente de liquidez suficiente en efectivo o en bienes convertibles en efectivo (como los ingresos previstos por concepto de créditos) para cubrir los gastos corrientes de la empresa. Otra posibilidad consiste en sufragar esos gastos con la corriente de efectivo de que disponga el deudor al dictarse una paralización y al suspenderse los pagos de las deudas anteriores a la apertura del procedimiento. Cuando el deudor no disponga de fondos para atender sus necesidades inmediatas de efectivo, deberá solicitarlos a terceros. Esta financiación puede revestir la forma de créditos comerciales concedidos al deudor por vendedores de bienes y servicios, de préstamos o de otros tipos de financiación proporcionada por prestamistas.

241. Cuando el objeto del procedimiento sea garantizar la continuidad de la empresa, es muy conveniente determinar con prontitud la necesidad de obtener nuevos fondos, en algunos casos incluso en el intervalo entre la presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento. Después de ese período inicial, también será importante, sobre todo en procedimientos de reorganización, obtener nuevos fondos después de la apertura del procedimiento y antes de que se examine el plan; la obtención de fondos una vez aprobado el plan debería normalmente especificarse en el plan, especialmente en los ordenamientos que prohíben nuevos préstamos, a menos que el plan prevea su necesidad.

242. A pesar de la conveniencia de que, durante el procedimiento, el deudor pueda obtener nuevos fondos, en algunos regímenes se restringe la aportación de nuevos fondos en la insolvencia o no se regula expresamente la obtención de financiación suplementaria ni la prelación para su reembolso, lo cual crea incertidumbre. Algunas legislaciones, por ejemplo, sólo permiten que se presten más fondos a cambio de una garantía, ya que prohíben que se dé prelación a la nueva financiación. En los casos en que no existan bienes no gravados que el deudor pueda ofrecer como garantía o en que el valor de los créditos no supere al de los bienes gravados, no habrá posibilidades de que el deudor obtenga más fondos, a menos que un prestamista esté dispuesto a correr el riesgo de prestar dinero sin garantía o que el deudor lo pueda obtener de familiares o de consorcios de empresas. La aportación de fondos durante el período anterior a la apertura puede plantear también cuestiones delicadas como la de la aplicación de las facultades de anulación y la de la responsabilidad, tanto del prestamista como del deudor. Algunos regímenes de la insolvencia disponen, por ejemplo, que cuando un prestamista proporciona fondos a un deudor insolvente, puede resultar responsable de cualquier incremento de las deudas de otros acreedores, o que la suma adelantada estará sujeta a acciones de impugnación en un ulterior procedimiento de insolvencia. En otros países, el representante de la insolvencia debe solicitar los préstamos, con lo cual pueden plantearse problemas de responsabilidad personal a efectos del reembolso.

243. Cuando un régimen de la insolvencia promueva procedimientos que exijan el mantenimiento de las operaciones de la empresa insolvente, ya sean de reorganización o de liquidación para la venta como negocio en marcha, es esencial que se regule la cuestión de la nueva financiación y que se prevean limitaciones como las analizadas. Un régimen de la insolvencia puede reconocer la necesidad de solicitar financiación después de la apertura del procedimiento, facilitar la autorización correspondiente y determinar la prelación del derecho de quien conceda esa financiación a obtener reembolso. La cuestión fundamental es el alcance de esa facultad y, en particular, los incentivos que pueden ofrecerse a un posible acreedor para alentarlo a conceder un préstamo. En la medida en que la solución adoptada afecte a los derechos de los acreedores garantizados anteriores o a aquellos que tengan un derecho establecido anteriormente sobre ciertos bienes, es conveniente que, al regularse la financiación posterior a la apertura del procedimiento, se establezca un término medio entre la necesidad general de mantener los contratos comerciales rentables, la de proteger los derechos anteriores de los acreedores y su grado de prelación, y la de reducir al mínimo cualquier consecuencia que vaya en detrimento de los derechos garantizados anteriores y de su grado de prelación y que socave la posibilidad de obtener créditos, en particular financiación garantizada. También es importante prever las repercusiones para los acreedores no garantizados, que corren el riesgo de que, si se utilizan los bienes no gravados restantes para obtener nuevos fondos, queden con las manos vacías en el momento de la distribución, especialmente si fracasa la reorganización.

244. Además de las cuestiones relativas a la disponibilidad y a la garantía o prelación de nuevos créditos, el régimen de la insolvencia deberá examinar la autorización requerida para obtener esos nuevos fondos (esta cuestión se analiza más adelante) y, cuando una reorganización fracase y se convierta en procedimiento de liquidación, el tratamiento de los fondos que pueden haber sido adelantados antes de convertir la reorganización en liquidación (esta cuestión se analiza más adelante).

2. Fuentes de financiación posterior a la apertura del procedimiento

245. Lo más probable es que tras la apertura del procedimiento se disponga de muy pocas fuentes de financiación. Una de ellas puede ser la de los prestamistas o vendedores de mercancías anteriores a la insolvencia, que mantienen una relación continua con el deudor y su negocio y que pueden adelantar nuevos fondos o conceder créditos comerciales a fin de tener más probabilidades de cobrar los créditos que ya tenían y tal vez de obtener ingresos adicionales con las mayores tasas de interés que exijan por el nuevo préstamo. Una segunda clase de prestamista será aquel que, sin tener vinculación alguna con el negocio del deudor antes de la insolvencia, actúe motivado únicamente por la posibilidad de obtener más ganancias. El incentivo que tendrán las dos clases de prestamistas es la certeza de que se dará un trato especial a la financiación concedida tras la apertura del procedimiento. Para los prestamistas anteriores a la insolvencia existen otros incentivos: la relación continua con el deudor y su negocio, la garantía de que las condiciones del préstamo concedido antes de la apertura del procedimiento no se modificarán y, en algunos regímenes, la posibilidad de que, si no conceden crédito tras la apertura del procedimiento, la prelación se desplace a los prestamistas que proporcionen esa financiación.

3. Obtención de crédito con posterioridad a la apertura del procedimiento - garantías y prelación

246. Para obtener financiación después de la apertura del procedimiento y facilitar los reembolsos cabe adoptar diferentes criterios, como la aportación de una garantía sobre bienes no gravados o parcialmente gravados o, cuando esta opción no sea posible, la determinación de un grado de prelación.

a) Concesión de garantías

247. Cuando el prestamista exija una garantía real, se puede otorgar sobre bienes no gravados o como garantía real de prelación inferior sobre bienes ya gravados, siempre que el valor del bien gravado sea muy superior al monto del crédito garantizado preexistente. En este caso, no será necesaria ninguna salvaguardia especial para proteger al acreedor con garantías anteriores a la apertura del procedimiento, ya que sus derechos no se verán perjudicados, a menos que se produzca posteriormente un cambio de circunstancias (por ejemplo, si el valor de los bienes gravados empieza a deteriorarse), y ese acreedor conservará su grado de prelación sobre el bien que tenía antes de la apertura, salvo si se acuerda otra cosa. Con frecuencia, los únicos bienes no gravados disponibles para garantizar la financiación posterior a la apertura del procedimiento suelen ser bienes recuperados a través de algún procedimiento de impugnación.

b) Concesión de prelación

248. Si los incentivos analizados son insuficientes o no hay posibilidad de ofrecerlos, por ejemplo porque no haya bienes no gravados ni bienes ya gravados de valor superior al crédito, los regímenes de la insolvencia prevén diversos modos de alentar la concesión de nueva financiación.

249. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que se dé un cierto nivel de prelación a los nuevos préstamos sobre otros acreedores, incluidos, en algunos

casos, los acreedores garantizados existentes. Un nivel de prelación corresponde a los créditos derivados de la administración de la insolvencia (véase el capítulo V.B); estos créditos se podrán cobrar antes que los de los acreedores ordinarios no garantizados, pero no antes que los de un acreedor garantizado con respecto a su garantía. En algunos casos, el fundamento de esta prelación radica en que el nuevo préstamo se concede al representante de la insolvencia y no al deudor, convirtiéndose así en un gasto de la masa de la insolvencia. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que el tribunal o los acreedores aprueben los préstamos, mientras que otros regímenes prevén que el representante de la insolvencia pueda obtener la financiación necesaria sin aprobación, si bien esto puede implicar un componente de responsabilidad personal y, cuando sea así, es probable que esa responsabilidad sea un factor disuasorio a la hora de buscar nueva financiación.

250. Otros regímenes de la insolvencia prevén una prelación administrativa privilegiada, es decir, un grado de prelación superior al de otros acreedores de la administración de la insolvencia o al de todos los acreedores, incluidos los que tengan créditos garantizados (a veces denominados "gravámenes prioritarios"). En los países en que se permite esta última forma de prelación, los tribunales de la insolvencia reconocen el riesgo que dicha prelación supone para los acreedores garantizados existentes y sólo la autorizan con reticencia y como último recurso. La concesión de esa prelación puede estar sujeta a ciertas condiciones, como la de notificarla a los acreedores garantizados afectados y de dar a éstos la oportunidad de ser escuchados por el tribunal; la de que el deudor pruebe que no está en condiciones de obtener la financiación necesaria sin esa prelación; y la de que se proteja a dichos acreedores de cualquier merma del valor económico de los bienes gravados, concretamente exigiendo que el valor de esos bienes sea suficientemente superior al de los créditos, a fin de que los acreedores garantizados existentes no corran el riesgo irrazonable de verse perjudicados por la prelación dada a los créditos privilegiados. Algunos ordenamientos prevén todas estas opciones para atraer los fondos necesarios después de la apertura. Como regla general, es preciso proteger el valor económico de los derechos de los acreedores garantizados preexistentes, a fin de que no resulten perjudicados de forma irrazonable. De ser necesario (y como ya se analizó en lo relativo a la protección de la masa de la insolvencia; véase el capítulo II.B.8), esta protección puede asegurarse efectuando pagos periódicos o concediendo garantías reales sobre bienes suplementarios en sustitución de los bienes que haya utilizado el deudor o que se hayan gravado para obtener financiación suplementaria.

4. Autorización de la financiación posterior a la apertura

251. Al estudiar la aprobación de nueva financiación, puede ser conveniente sopesar los daños que puedan ocasionar los nuevos fondos y los posibles beneficios de su obtención. Varios regímenes de la insolvencia permiten al representante determinar si se precisa más dinero para mantener en marcha o sacar a flote la empresa o para preservar o incrementar el valor de la masa, y disponen que el representante de la insolvencia (o, en su caso, el deudor que siga en posesión de los bienes) podrá obtener crédito no garantizado sin la aprobación del tribunal o de los acreedores, mientras que en otros regímenes se exige la aprobación del tribunal o de los acreedores en determinadas circunstancias. Dado que puede ser urgente obtener nueva financiación para mantener la empresa en marcha, es conveniente reducir al

mínimo el número de autorizaciones requeridas, aunque es obvio que el régimen de la insolvencia puede adoptar un criterio jerárquico, según el tipo de garantía o de prelación de que se trate. Si bien en general el requisito de la intervención judicial puede contribuir a promover la transparencia y a dar mayor seguridad a los prestamistas, en muchos casos el representante de la insolvencia estará en mejores condiciones para evaluar la necesidad de nuevos fondos. En cualquier caso, el tribunal no dispondrá, para decidir, de más peritajes o datos que los que le aporte el representante de la insolvencia.

252. En general, la cuestión de la concesión de garantías sobre bienes no gravados o bienes que no estén totalmente gravados no debería requerir la aprobación del tribunal. Cuando el régimen de la insolvencia establezca el nivel de prelación que podrá generalmente otorgarse, por ejemplo, la prelación administrativa, tal vez no sea necesaria la aprobación judicial. En caso de que tal aprobación se estimara conveniente, cabría adoptar una solución intermedia, fijando un límite por encima del cual el tribunal debiera dar su aprobación. No obstante, cuando la garantía o la prelación que vaya a concederse afecte a los intereses, por ejemplo, de los acreedores garantizados existentes y esos acreedores desaprueben lo que se proponga, deberá requerirse la aprobación del tribunal. En cambio, cuando los acreedores garantizados consientan que se modifique el trato dado a sus garantías reales, podrá no requerirse la aprobación judicial.

5. Efectos de la conversión de la reorganización en liquidación

253. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que toda garantía concedida para la obtención de nuevos fondos podrá anularse en una subsiguiente liquidación y podrá hacer incurrir en responsabilidad a quien haya demorado la apertura de una liquidación y perjudicado potencialmente a los acreedores. Este tipo de disposiciones restan incentivos a la eventual apertura de un procedimiento de reorganización. Un enfoque más conveniente consistiría en prever que los acreedores que obtengan prelación para los nuevos fondos conserven esa prelación en toda liquidación subsiguiente. En otros regímenes se reconoce la prelación de los derechos de esos acreedores en un ulterior procedimiento de liquidación, pero no se les da necesariamente el mismo grado de prioridad, pudiendo quedar, a la hora de cobrar, por detrás de los créditos administrativos derivados de los gastos de la liquidación o *pari passu*, es decir, en pie de igualdad con los gastos administrativos.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre la financiación otorgada con posterioridad a la apertura del procedimiento tienen por objeto:

a) facilitar la obtención de crédito para mantener en marcha la empresa del deudor o garantizar su supervivencia, o para preservar o incrementar el valor de los bienes de la masa de la insolvencia;

b) proteger adecuadamente a los proveedores de financiación después de la apertura;

c) proteger adecuadamente a las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la aportación de fondos después de la apertura del procedimiento.

Contenido de las disposiciones legales

49) El régimen de la insolvencia debería dar facilidades al representante de la insolvencia para obtener financiación tras la apertura del procedimiento si el representante de la insolvencia lo estima necesario para mantener en marcha la empresa del deudor o garantizar su supervivencia o para preservar o incrementar el valor de los bienes de la masa. La ley podrá requerir la autorización previa del tribunal o de los acreedores (o del comité de acreedores).

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

50) El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituya una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura del procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos posteriormente o una garantía nueva o con menor prioridad sobre bienes de la masa ya gravados.

51) La ley[56] debería especificar que una garantía real sobre los bienes del deudor para asegurar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tendrá prioridad respecto de otra garantía real ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia obtenga el consentimiento del acreedor o acreedores garantizados beneficiarios de la garantía o siga el procedimiento enunciado en la recomendación 52).

52) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el acreedor garantizado ya existente no dé su consentimiento, el tribunal podrá autorizar la constitución de una garantía real que goce de prelación sobre la garantía preexistente, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que:

a) se notifique al acreedor garantizado existente y se le dé la oportunidad de ser oído por el tribunal;

b) el deudor pueda probar que no le es posible obtener la financiación de otra manera;

c) se protejan los intereses del acreedor garantizado existente[57], incluso mediante un valor residual suficiente del bien gravado, de manera que el acreedor ya garantizado no corra un riesgo irrazonable de sufrir perjuicios.

Prelación de los créditos otorgados con posterioridad a la apertura

53) El régimen de la insolvencia debería establecer la prelación que pueda concederse para la financiación posterior a la apertura del procedimiento, de modo que por lo menos el proveedor de la financiación posterior a la apertura del procedimiento pueda cobrar antes que los acreedores ordinarios no garantizados, incluidos los acreedores no garantizados con prioridad administrativa.

---

[56] Esta regla puede estar enunciada en legislación sobre otra materia. En tal caso, el régimen de la insolvencia debería señalar la existencia de tal disposición.

[57] Véase el capítulo II.B.8.

Efecto del cambio de procedimiento en los créditos posteriores a la apertura

54) Cuando el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, el régimen de la insolvencia debería especificar que toda prelación concedida a los créditos posteriores a la apertura del procedimiento en la reorganización deberá seguir reconociéndose en la liquidación[58].

E. Régimen aplicable a los contratos

1. Introducción

254. A medida que una economía se desarrolla, es probable que aumente la parte de su riqueza regulada por contratos. A ello se debe la enorme importancia del régimen aplicable a los contratos en casos de insolvencia. Cabe citar dos grandes dificultades para la elaboración de los principios jurídicos que deben regir en la materia. La primera dimana de que los contratos, a diferencia de los demás bienes de la masa, suelen entrañar deudas u obligaciones del deudor que la masa deberá respetar, efectuando pagos o prestaciones, a fin de poder disfrutar de los correspondientes derechos contractuales que pueden reportar contraprestaciones valiosas. Ello significa que se habrán de adoptar decisiones difíciles acerca del trato que se ha de dar a un contrato para que reporte el mayor provecho posible a la masa de la insolvencia. La segunda dificultad radica en la gran diversidad de los contratos: contratos de compraventa pura y simple; arrendamientos a corto o a largo plazo de tierras o de bienes personales; y contratos sumamente complejos para franquicias o para la construcción o explotación de grandes obras o servicios de utilidad pública, entre otras cosas. Además, el deudor podrá ser parte en esos contratos como comprador o vendedor, como arrendador o arrendatario, como licenciante o licenciatario, o como proveedor o destinatario, planteando así problemas a la masa que habrán de considerarse desde ángulos muy diversos.

255. Los objetivos de obtener el máximo valor de la masa y de reducir su pasivo y, en una reorganización, de lograr que el deudor salga a flote y pueda proseguir su negocio, de ser posible sin interrupciones, pueden entrañar que se haya de mantener todo contrato que sea provechoso para la empresa y que aporte valor a la masa (incluidos los contratos que permitan seguir utilizando bienes cruciales que sean propiedad de terceros), procurando deshacerse de los contratos que resulten gravosos, es decir, de aquellos cuyo costo de ejecución sea superior a los beneficios que reporten. Cabe citar, como ejemplo, el de un contrato por el que un deudor se haya comprometido a comprar determinadas mercancías a un precio que sea un 50% inferior al precio del mercado en el momento de la insolvencia, en tal caso, es evidente que al representante de la insolvencia le interesará poder seguir comprando al precio inferior para revender al precio del mercado. En un caso así, el vendedor deseará naturalmente liberarse de ese acuerdo que ahora es poco rentable, pero para ejecutar el contrato bastará con que la otra parte cumpla lo acordado antes de la insolvencia. En algunos ordenamientos no le será permitido eludir la ejecución del contrato, aun cuando la masa de la insolvencia tal vez haya de garantizarle que se le pagará el precio estipulado en su totalidad. En muchos supuestos, el mantenimiento

[58] No se reconocerá necesariamente el mismo grado de prelación. Por ejemplo, es posible que los préstamos otorgados después de la apertura sean sólo reembolsables después del pago de los créditos administrativos derivados de los gastos de la liquidación.

del contrato será beneficioso para las dos partes contratantes, y no sólo para el deudor.

256. La decisión sobre el tratamiento que debe darse a los contratos en el marco de una insolvencia plantea, de entrada, por un lado, la cuestión básica de la importancia de que se aplique el derecho general de los contratos en el marco de la insolvencia y, por otro, la importancia relativa de los factores que puedan justificar que el régimen de la insolvencia no se ajuste plenamente a esos principios contractuales establecidos. Habrá, sin duda, que compaginar intereses encontrados, a fin de armonizar los objetivos de orden público con los del régimen de la insolvencia y con la necesidad de previsibilidad en las relaciones comerciales. Entre esos intereses figuran la importancia relativa de la reorganización y de la participación de los acreedores garantizados en la insolvencia; determinados problemas sociales que plantean ciertas categorías de contratos como los contratos de trabajo (véase más adelante); las consecuencias de que se permita interrumpir la ejecución de contratos, la apertura de un procedimiento de insolvencia, para la previsibilidad de las relaciones comerciales y financieras, y para el costo y la oferta del crédito financiero ofrecido a las empresas (cuanto mayores sean los poderes para mantener o rechazar contratos en casos de insolvencia, mayor será el costo del crédito financiero y menor su oferta); así como el modo en que el poder de decisión sobre la ejecución de contratos fomenta la reutilización de bienes.

257. Cuando el régimen de la insolvencia permite que la ejecución de contratos se vea afectada en circunstancias que puedan ser contrarias a principios generales del derecho de los contratos, deben tomarse también en consideración el alcance de esos poderes y los tipos de contratos que pueden verse afectados. Es casi inevitable que, al abrirse un procedimiento de insolvencia, el deudor sea parte en uno o más contratos en los que el deudor y la otra parte tengan obligaciones pendientes que no sean el pago de una suma de dinero por mercancías ya entregadas. No se necesita ningún régimen especial para el supuesto de que sólo una parte no haya cumplido plenamente sus obligaciones. Si es el deudor quien no ha cumplido totalmente sus obligaciones, la otra parte podrá reclamar su cumplimiento o una indemnización en el marco del procedimiento de insolvencia (véase el capítulo V.A). Si la otra parte es la que no ha cumplido totalmente sus obligaciones, el representante de la insolvencia podrá reclamar a dicha parte su cumplimiento o una indemnización. Sin embargo, cuando ambas partes no hayan cumplido plenamente sus obligaciones, es rasgo común de muchos regímenes de la insolvencia que, en determinadas circunstancias, esos contratos puedan estar sujetos a la paralización, con lo cual la otra parte no podrá ejercer su derecho a ponerles fin, y que puedan mantenerse o rechazarse (o incluso cederse, aunque esta última opción no suele estar permitida). Normalmente, será el representante de la insolvencia el que deberá decidir el trato que debe darse a los contratos. No obstante, existen diferencias entre los países sobre si debe requerirse también la aprobación del tribunal.

258. En la reorganización, al ser el objetivo del procedimiento que el deudor salga adelante y prosiga su negocio en la medida de lo posible, puede ser crucial para el éxito del procedimiento mantener en vigor los contratos que sean rentables o esenciales para la empresa del deudor y que aporten valor a la masa. Entre esos contratos pueden figurar los relativos al suministro de bienes o servicios esenciales o los que permitan utilizar bienes cruciales para mantener la empresa en marcha, incluidos los bienes que sean propiedad de terceros. Cabe mejorar las perspectivas

de éxito si se autoriza al representante de la insolvencia a rechazar los contratos gravosos, por ejemplo, los que supongan para la masa una carga superior al beneficio reportado o, en el supuesto de un arriendo que no haya expirado, cuando su precio sea superior al que entonces rija en el mercado. Es probable que en una liquidación sea menos importante que en una reorganización respetar la vigencia de los contratos después de la apertura del procedimiento, salvo si el contrato puede agregar valor a la empresa del deudor o a un determinado bien o si puede facilitar la venta de la empresa como negocio en marcha. Por ejemplo, un alquiler negociado a un precio inferior al del mercado y por un plazo cuyo término esté aún distante puede constituir un activo importante en toda propuesta de venta del negocio o puede venderse en beneficio de los acreedores.

259. En lo que respecta a cuáles serán los contratos que se verán afectados, una solución habitual en los regímenes de la insolvencia consiste en prever un régimen general para todo tipo de contratos con excepciones para algunos contratos especiales. Puede convenir, por ejemplo, limitar la facultad para rechazar los contratos de trabajo, a fin de tener en cuenta el temor de algunos a que la liquidación pueda utilizarse como ardid para eliminar las salvaguardias que prevén esos contratos para los empleados. Cabe citar también como categorías de contratos que requieren un régimen especial los contratos financieros (véase el capítulo II.H), algunos contratos de servicios personales, en los que la identidad de la persona que ha de cumplir el acuerdo, ya sea el propio deudor o un empleado suyo, revista particular importancia, así como los contratos de préstamos y los contratos de seguros.

2) Cláusulas de extinción automática de los contratos

260. Muchos contratos contienen cláusulas en las que se estipulan que darán a la otra parte un derecho incondicional, por ejemplo, a extinguir el contrato o a acelerar su ejecución (a veces denominados cláusulas *ipso facto*). Entre esos casos de incumplimiento suelen figurar la presentación de una solicitud de apertura, o la apertura en sí, de un procedimiento de insolvencia; el nombramiento de un representante de la insolvencia; el hecho de que el deudor cumpla los criterios para abrir un procedimiento; e incluso los meros indicios de que el deudor se encuentra en una situación financiera precaria. En algunas leyes se reconoce la validez de estas cláusulas de extinción o aceleración. En los casos en que sea conveniente seguir ejecutando el contrato después de la apertura del procedimiento, sólo será posible hacerlo si la otra parte no opta por ejercer sus derechos en virtud del contrato, o si se consigue convencerla de que no opte por tal posibilidad, o también si el régimen de la insolvencia prevé algún mecanismo para lograr que la otra parte acceda a mantener el contrato. Tal mecanismo puede consistir en dar prelación al pago por todo servicio contractual prestado tras la apertura del procedimiento (algunos regímenes de la insolvencia prevén disposiciones generales en virtud de las cuales los gastos posteriores a la apertura suelen tener derecho a ser pagados en primer lugar).

261. A favor de que se respeten este tipo de cláusulas de extinción cabe aducir los siguientes factores: la conveniencia de respetar todo trato comercial que se haya concertado; la necesidad de evitar que el deudor cumpla únicamente los contratos que le sean rentables y cancele los demás (ventaja de la que estará privada la otra parte); el efecto de no respetar las cláusulas de extinción automática sobre todo

acuerdo de compensación global por saldos netos entre contratos financieros; la lógica de que, puesto que la empresa insolvente no estará generalmente en condiciones de efectuar pagos, toda demora en la extinción de los contratos sólo contribuirá a incrementar su endeudamiento; la necesidad para todo creador de ideas reconocidas como propiedad intelectual de poder controlar su explotación comercial; y las repercusiones que pueda tener, para el negocio de la otra parte, la extinción de un contrato relativo a un bien inmaterial.

262. Según otro criterio, el régimen de la insolvencia podrá negar eficacia a toda cláusula que permita extinguir un contrato o acelerar su ejecución cuando se dé un caso de incumplimiento, como los mencionados más arriba, y podrá mantenerse el contrato aunque se oponga la otra parte. En el primer caso, el derecho de la otra parte a rescindir el contrato estará sujeto a la paralización, con lo cual el representante de la insolvencia dispondrá de tiempo para examinar el contrato y adoptar una decisión al respecto. Si bien cabe considerar que la posibilidad de que el régimen de la insolvencia deje sin efecto las cláusulas de extinción va en contra de los principios generales del derecho de los contratos, esta posibilidad puede ser crucial para el éxito del procedimiento. En una reorganización, si se trata, por ejemplo, de un contrato de arriendo de algún factor esencial o de utilización de bienes de propiedad intelectual incorporados a algún producto clave de la empresa, el mantenimiento del contrato puede reforzar la rentabilidad potencial del negocio; restar medios de presión comercial a algún proveedor esencial; asegurar el valor de los contratos del deudor en provecho de todos sus acreedores; y contribuir a que todos los acreedores accedan a que se abra un procedimiento de reorganización.

263. En casos de liquidación, los argumentos que cabe aducir a favor de que se pueda privar de efecto a las cláusulas de resolución son los siguientes: la necesidad de mantener intacto el negocio para incrementar su rentabilidad potencial y maximizar su valor de venta; la obtención para la masa del valor de todo contrato rentable en beneficio de todos los acreedores, en vez de que quede en manos de la otra parte; y la conveniencia de interesar a todas las partes en la suerte final del negocio.

264. Aun cuando en algunos regímenes de la insolvencia ya se permita dejar sin efecto las cláusulas de extinción si se abre un procedimiento de insolvencia, esa tendencia no se ha generalizado todavía en los regímenes de la insolvencia. Subsiste un dilema fundamental entre el deseo de favorecer la supervivencia de la empresa deudora, lo que puede requerir mantener ciertos contratos, y el peligro de restar previsibilidad a los tratos comerciales y de elevar su costo, al prever diversas excepciones a las reglas generales del derecho de los contratos. Si bien es obvio que en esta cuestión deberán sopesarse cuidadosamente las ventajas e inconvenientes, habrá sin duda casos en los que esa facultad del representante de la insolvencia para confirmar los contratos será crucial para la reorganización, y también, aunque quizá en menor medida, en una liquidación en que deba venderse la empresa como negocio en marcha. Por estas razones, es conveniente que el régimen de la insolvencia permita dejar sin efecto las cláusulas de extinción. Todo impacto negativo de la facultad de dejar sin efecto las cláusulas de extinción puede contrarrestarse indemnizando a los acreedores que puedan demostrar que han sufrido algún daño o pérdida a resultas del mantenimiento del contrato tras la apertura del procedimiento de insolvencia, o previendo excepciones a la regla general de dejar sin efecto las cláusulas de resolución automática cuando sean las de

determinados tipos de contratos, como los contratos de préstamo de dinero y, en particular, los contratos financieros (véase el capítulo II.H).

265. Cuando el régimen de la insolvencia prevea que puedan dejarse sin efecto las cláusulas de extinción, es posible que los acreedores adopten medidas preventivas para evitarlo, rescindiendo el contrato por algún otro motivo antes de presentarse la solicitud de apertura del procedimiento (invocando un incumplimiento del deudor que no dependa de esa apertura). Cabría atenuar ese riesgo disponiendo que el representante de la insolvencia estará facultado para restablecer los contratos rescindidos, siempre que dé cumplimiento a las obligaciones previas y posteriores a la apertura de procedimiento.

3. Mantenimiento o rechazo de contratos

a) Procedimiento para el mantenimiento o rechazo de contratos

266. Los regímenes de la insolvencia siguen distintos criterios respecto del mantenimiento y del rechazo de contratos. Conforme a algunos regímenes, los contratos no se verán afectados por la apertura del procedimiento, por lo que toda obligación contractual seguirá siendo vinculante y rigiéndose por el derecho general de los contratos, salvo que el régimen de la insolvencia disponga expresamente que deba aplicarse alguna otra norma, como la que prevé la facultad de dejar sin efecto las cláusulas de extinción automática (véanse los párrafos anteriores) o de rechazar un contrato.

267. Algunos regímenes prevén un mismo procedimiento para mantener o rechazar un contrato, consistente en exigir que el representante de la insolvencia adopte una decisión positiva al respecto, como la de notificar a la otra parte que el contrato se mantendrá (y en algunos casos se incorporará a la masa de la insolvencia) o que será rechazado. En los regímenes que adopten este enfoque, el derecho de la otra parte a resolver el contrato debería estar sujeto a la paralización, a fin de dar tiempo al representante de la insolvencia para decidir la medida que deberá adoptarse respecto del contrato (véase el capítulo II.B). El inconveniente de obligar al representante a adoptar medidas positivas sobre todos los contratos radica en que, en la práctica, hay muchos casos en que no se puede adoptar una decisión respecto de un contrato al ser imposible su ejecución. Además, el requisito de que se adopte una decisión explícita para cada contrato resultaría excesivamente costoso y engorroso. Otro problema que plantea este enfoque es el de si el representante de la insolvencia está o no bien informado de todos los contratos en que es parte el deudor y de si, por lo tanto, está o no en condiciones de adoptar una decisión sobre cada contrato. Por consiguiente, es importante el modo en que la ley regula los contratos de los que no tenga conocimiento el representante, en particular en lo relativo a las reglas supletorias.

i) Especificación de plazos

268. Algunos regímenes que requieren la adopción de medidas positivas exigen también que esas medidas se adopten en un plazo determinado (previendo eventualmente una prórroga en determinadas circunstancias), que generalmente es más largo en una organización que en una liquidación. Esos plazos oscilan entre 28 y 60 días. En otras leyes corresponde al tribunal fijar el plazo. Con este criterio se trata de que ambas partes sepan a qué atenerse. El representante de la insolvencia

debe adoptar una decisión oportuna respecto de todo contrato pendiente a la apertura del procedimiento, dando a la otra parte cierta seguridad en el sentido de que el contrato seguirá cumpliéndose en un plazo razonable tras la apertura del procedimiento.

ii) Reglas supletorias

269. Varios regímenes prevén una regla supletoria en virtud de la cual si el representante de la insolvencia no actúa en el plazo requerido, el contrato se considerará, por ejemplo, rechazado o inejecutable. Cuando se prevea una regla supletoria, convendrá hacer una distinción entre la liquidación y la reorganización, y también entre los contratos de los que el representante tenga conocimiento y aquellos de los que no tenga constancia. En la liquidación, dado que si el representante no adopta ninguna decisión sobre un contrato, ello equivale con toda probabilidad a un rechazo, podría rechazarse automáticamente todo contrato, a menos que se adoptaran medidas para preservarlo. Ese resultado sería acorde con el objetivo de la liquidación cuando se requiriera la venta de los bienes por partes.

270. En caso de reorganización o de venta de la empresa como negocio en marcha, tal vez no sería siempre apropiado hacer la misma suposición, y habría que prever una mayor flexibilidad para evitar situaciones en que, al no haberse actuado a tiempo, la masa de la insolvencia quedara privada de un contrato que pudiera resultar crucial para el procedimiento. Por consiguiente, tal vez convenga que el representante de la insolvencia tenga tiempo para decidir si se ha de rechazar un contrato hasta que se apruebe el plan de reorganización, siempre y cuando todo beneficio reportado a la masa por el contrato hasta el momento del rechazo se abone como gasto administrativo a la otra parte, que deberá poder exigir una decisión anterior si lo desea o lo juzga necesario. Conviene que se determine claramente en el plan el trato que se ha de dar a determinados contratos, disponiéndose tal vez que todo contrato no expresamente mencionado en el plan quedará automáticamente rechazado al ser aprobado dicho plan.

iii) Derecho de la otra parte a exigir una decisión

271. Algunos regímenes confieren a la otra parte un derecho incondicional a solicitar al representante de la insolvencia que adopte una decisión sobre un determinado contrato en un plazo especificado. Esta regla puede ser incluso aplicable cuando el régimen de la insolvencia fije un plazo para que el representante adopte una decisión, de modo que la otra parte podrá solicitar una decisión sin tener que esperar hasta que expire el plazo legal. Este derecho puede ser particularmente importante cuando el contrato prevea algún servicio continuo y la inacción del representante pueda dar lugar a una acumulación de gastos innecesarios (por ejemplo, el pago del alquiler de bienes arrendados por el deudor puede generar una cantidad sustancial de gastos administrativos si esos arriendos no se rescinden rápidamente), o a que deje de prestarse un servicio esencial (cuando se exija que el representante de la insolvencia decida sin demora que se mantenga en vigor un contrato). Cuando el representante de la insolvencia no adopte una decisión en el plazo especificado, el régimen de la insolvencia puede permitir a la otra parte solicitar al tribunal que exija que se adopte una decisión o puede aplicar una regla supletoria en virtud de la cual el contrato se mantenga o quede rechazado.

iv) Continuación o mantenimiento del contrato en su conjunto

272. Cualquiera que sea el régimen elegido en lo referente al mantenimiento y rechazo de los contratos, es conveniente que, a este respecto, el representante de la insolvencia sólo pueda ejercer sus derechos sobre la totalidad del contrato, a fin de evitar que el representante de la insolvencia pueda decidir aceptar ciertas partes del contrato y rechazar otras.

v) Contratos de los que tiene conocimiento el representante de la insolvencia

273. También es conveniente que toda facultad del representante de la insolvencia respecto de la suerte de los contratos quede circunscrita a los contratos de los que tengan conocimiento el representante o el tribunal (si el régimen de la insolvencia atribuye al tribunal competencias al respecto). De no preverse esta limitación, el representante que no adoptara una decisión sobre un contrato por desconocer su existencia, podría verse expuesto a demandas por daños y perjuicios e incluso incurrir en responsabilidad personal. Cuando el representante de la insolvencia no tenga conocimiento de un determinado contrato, tampoco sería conveniente que la ley aplicara una regla supletoria que obligara a mantener o a rechazar un contrato antes de que el representante de la insolvencia tuviera la oportunidad de evaluarlo. Otra solución de este problema (si el deudor se atuviera a ella) consistiría en que la ley requiriera al deudor que presentara al representante de la insolvencia la lista de los contratos que no se hubieran cumplido en su totalidad (véase el capítulo III.A.4 b)).

b) Fecha o momento en que surte efecto la notificación de mantenimiento o de rechazo de un contrato

274. Cuando la ley permita al representante de la insolvencia rechazar un contrato, es conveniente fijar el momento en que surtirá efecto el rechazo, que puede ser el momento en que el representante adopte tal decisión o, retroactivamente, un momento anterior a la decisión. Una modalidad consiste en que el rechazo tenga efectos retroactivos y sea eficaz en el momento de la solicitud de procedimiento, con la consecuencia de que el contrato no dará lugar a responsabilidad después de la apertura, salvo respecto de los bienes suministrados o de los servicios prestados, en beneficio de la masa, tras la apertura del procedimiento.

275. Cuando la ley obligue al representante de la insolvencia a decidir el mantenimiento o el rechazo de un contrato, es conveniente que prevea también la obligación del representante de notificar su decisión a la otra o a las otras partes. En la notificación, el representante debería informar a la otra parte de sus derechos, incluido el de impugnar la decisión adoptada sobre su contrato y el de presentar una demanda (basada en un incumplimiento anterior a la apertura o en la decisión respecto de su contrato), incluidos todos los trámites pertinentes.

c) Mantenimiento de un contrato en supuestos de incumplimiento del deudor

276. Cuando, al solicitarse la apertura de un procedimiento el deudor aún no haya cumplido un contrato, cabe cuestionar la equidad de obligar a la otra parte en ese contrato a seguir comerciando con un deudor insolvente en tales circunstancias. Algunos regímenes de la insolvencia exigen, como requisito para seguir ejecutando tal contrato durante el resto del período previsto en sus cláusulas, que el

representante de la insolvencia subsane todo incumplimiento del contrato por parte del deudor (restableciendo la situación económica que tenía la otra parte antes del incumplimiento) y garantice su futuro cumplimiento depositando, por ejemplo, una caución o garantía. Otros regímenes de la insolvencia no exigen subsanar incumplimientos anteriores, pero pueden restringir las circunstancias en que pueda seguir ejecutándose un contrato, como por ejemplo, en el caso de contratos que puedan dividirse en varias partes separables, como los contratos de prestación de servicios esenciales, que se facturan mensualmente. Los regímenes de la insolvencia permiten a menudo expresamente que se mantengan los contratos de servicios esenciales, como los de teléfono, electricidad, gas, agua y recogida de basura. El hecho de facilitar al deudor el acceso a esos servicios, sin exigirle que subsane su incumplimiento de un contrato, está ciertamente justificado, sobre todo en caso de solicitud de apertura presentada por un acreedor y también porque así el deudor podrá cumplir sus obligaciones posteriores a la apertura, manteniendo la continuidad del servicio. Cabe exigir al representante que garantice el cumplimiento futuro y que, en ciertos casos, acceda a responder personalmente de todo incumplimiento futuro.

d) Efectos del mantenimiento o del rechazo de un contrato para la otra parte

i) Mantenimiento del contrato

277. Cuando siga ejecutándose un contrato tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, en espera de que se decida el trato que se dará al contrato, es conveniente exigir el pago, con cargo a la masa de la insolvencia, de los gastos de ejecución del contrato después de la apertura, en particular si posteriormente se rechaza el contrato. Este requisito se justifica por la suposición plausible de que la ejecución de un contrato tras la apertura o el hecho de poder seguir utilizando un bien propiedad de terceros redundarán en beneficio de la masa; de no ser así, el representante de la insolvencia habría rechazado el contrato.

278. Aunque no sea frecuente en los regímenes de la insolvencia, puede ser conveniente regular las obligaciones de la otra parte durante el período que medie entre la apertura del procedimiento y la decisión sobre la suerte del contrato (en los casos en que se requiera tal decisión) y, en particular, determinar si la otra parte debe empezar a ejecutar o seguir ejecutando el contrato. Con este enfoque se cumplirían los objetivos de ofrecer seguridad y previsibilidad a todas las partes interesadas.

279. En los regímenes que requieren una medida positiva del representante de la insolvencia, los contratos que éste decida seguir ejecutando después de la apertura del procedimiento son considerados como obligaciones continuas que tiene el deudor después de la apertura del procedimiento, que deben ser cumplidas tanto por la masa como por la otra parte. Los créditos nacidos del cumplimiento de esos contratos son tratados por ciertos regímenes de la insolvencia como gastos de administración de la masa (véase el capítulo V.A) (no como créditos no garantizados) y gozan de prelación frente a los créditos ordinarios. Dado que esa prelación supone un riesgo para los demás acreedores (que cobrarán después), es conveniente que, si se adopta este enfoque, sólo se mantengan los contratos que sean rentables o que sean esenciales para mantener en marcha el negocio del deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia. En los ordenamientos jurídicos en

que se apliquen las reglas generales del derecho de los contratos y en que el representante de la insolvencia no tenga que adoptar una decisión sobre el mantenimiento de los contratos, el régimen de la insolvencia puede disponer que esos créditos no gozarán de prelación y que se tratarán como los demás créditos no garantizados.

280. Dado que el mantenimiento de un contrato con una parte sujeta a procedimientos de insolvencia puede entrañar un riesgo para la otra parte que de otro modo no habría existido, puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia prevea ciertas salvaguardias para la otra parte. Deberán sopesarse diversos factores, como la importancia del contrato para el procedimiento; los gastos que las salvaguardias necesarias puedan ocasionar en el procedimiento; la posibilidad de que el deudor o la masa estén o no en condiciones de cumplir realmente y con continuidad las obligaciones estipuladas en el contrato; y las repercusiones que pueda tener para la contratación comercial el hecho de forzar a la otra parte a asumir el riesgo de impago. Si el contrato estipula, por ejemplo, que el vendedor otorgará crédito al deudor durante cierto tiempo antes de exigirle el pago, o que el pago deberá efectuarse en el momento de la entrega, el vendedor puede tener que realizar gastos sustanciales o sufrir perjuicios si, cuando llegue el momento del pago o de la entrega, el representante de la insolvencia ya no está en condiciones de pagar. Algunas legislaciones tratan de evitar que se produzca tal situación exigiendo que el representante de la insolvencia garantice a la otra parte el pago o el cumplimiento del contrato mediante, por ejemplo, una garantía bancaria o una carta de crédito. En otros regímenes, el representante puede ser personalmente responsable del cumplimiento, pero esa responsabilidad puede ser un factor disuasorio que induzca a rechazar los contratos que entrañen un riesgo de incumplimiento, lo que a su vez puede ser un obstáculo para la reorganización. La responsabilidad personal puede resultar particularmente onerosa en contratos como los de trabajo. Otros regímenes obligan a la otra parte a asumir el riesgo de impago por estimarse que ese riesgo es habitual e inherente a todo trato comercial. Si se concede prelación administrativa a los créditos y pagos relativos a la continuación del cumplimiento de un contrato después de la apertura, puede darse cierto amparo a la otra parte (aunque tal vez no sea considerable si sólo se dispone de un número limitado de bienes para pagar esos gastos).

ii) Rechazo de un contrato

281. Si un contrato es rechazado, se suele dispensar a la otra parte del cumplimiento del resto del contrato, y lo más importante será determinar de qué vías de recurso dispondrá esa otra parte. Muchos regímenes prevén que la otra parte sólo tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, aunque en otras leyes no relacionadas con la insolvencia se prevean otras vías de recurso. Una de las razones aducidas para justificar este enfoque es que la imposición de otras soluciones, como la entrega de mercancías fabricadas pero no entregadas antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, equivaldría a la obligación de pagar a la otra parte la totalidad del crédito, con lo cual se discriminaría a los demás acreedores no garantizados, que no gozarían del mismo derecho, y se violaría el principio de la igualdad de tratamiento. No obstante, algunas legislaciones sí permiten este tipo de solución respecto de la entrega de bienes, mientras que en otras se permite el cumplimiento de contratos de compraventa de tierras.

282. Cuando se indemnice por daños y perjuicios, los daños no asegurados que se deriven del rechazo del contrato pueden calcularse conforme al derecho general aplicable y la otra parte pasará a ser un acreedor sin garantía con un crédito equivalente a la suma determinada. Además de los daños y perjuicios ocasionados por el rechazo del contrato, la otra parte puede presentar una reclamación relativa al cumplimiento del contrato antes de ser rechazado (que podrá figurar como crédito por gastos administrativos de la insolvencia)[59].

e) Modificación de los contratos mantenidos

283. Otra cuestión que cabría regular, en relación con los contratos mantenidos, es la de los supuestos en que el representante de la insolvencia debe poder modificar los términos y cláusulas de dichos contratos. Tal como se ha señalado, deberá respetarse todo lo que estipule el contrato y, como principio general, el representante de la insolvencia no gozará de mayores facultades para modificar el contrato que las que tendría el propio deudor en virtud del contrato. El representante de la insolvencia estará generalmente obligado a negociar con la otra parte cualquier modificación que desee, y toda modificación que efectúe sin el consentimiento de esa otra parte constituirá una violación del contrato, por la que la otra parte podrá reclamar daños y perjuicios.

4. Arrendamientos de terrenos y de locales

284. Algunos regímenes de la insolvencia contienen disposiciones específicas sobre los arrendamientos de terrenos y locales que no hayan vencido, distinguiendo entre los arrendamientos de viviendas y los de edificios comerciales. Los arrendamientos comerciales, en particular, son a menudo importantes en los procedimientos de reorganización. Por ejemplo, los arrendamientos a precios inferiores a los del mercado constituyen un activo que, al venderse, pueden reportar un beneficio a la masa. La posibilidad de deshacerse de un arrendamiento de un emplazamiento que sólo ocasione pérdidas de dinero puede ser una ventaja cuando al deudor le convenga reducir las dimensiones de su empresa para que el procedimiento de reorganización pueda prosperar.

285. Conforme a algunos regímenes, un arrendamiento en el que el deudor sea el arrendatario puede rechazarse sin tener en cuenta la fecha de su vencimiento, siempre que se respeten los períodos de preaviso previstos en la legislación o en el contrato de arrendamiento. El rechazo del contrato daría al arrendador un derecho de indemnización por rescisión anticipada. Si el deudor es un arrendatario y se desea mantener el contrato, tal vez proceda imponer ciertas condiciones a la masa de la insolvencia, tales como que el representante de la insolvencia subsane cualquier incumplimiento, indemnice todo daño resultante de dicho incumplimiento y garantice el futuro cumplimiento del contrato de arrendamiento. Tal vez convenga también fijar un límite para la indemnización reclamada por el arrendador (que puede expresarse en forma de suma monetaria máxima o de plazo estricto para el pago de esa indemnización), a fin de que el monto de la indemnización abonable por concepto de un arriendo a largo plazo no sea desproporcionado y reduzca excesivamente el saldo que vaya a quedar para pagar los créditos de los demás

[59] Véase el capítulo V.C, relativo al orden de prelación de los créditos.

acreedores. Normalmente, los arrendadores pueden mitigar sus pérdidas realquilando sus locales o terrenos.

5. Cesión

286. El hecho de que el representante de la insolvencia pueda optar por ceder un contrato a un tercero, pese a toda cláusula contractual de intransferibilidad o de rescisión automática del contrato en caso de insolvencia, puede resultar provechoso para la masa de la insolvencia y, por tanto, para los acreedores entre los que se reparta el producto de su liquidación, y también en un procedimiento de reorganización. Puede haber contratos, en los que, al ser el precio cobrado inferior al del mercado, la otra parte se beneficiaría del rechazo del contrato. Si ese contrato puede ser cedido a un tercero, esa diferencia entre el precio del mercado y el del contrato beneficiará más a la masa de la insolvencia que a la otra parte en el contrato.

287. Ahora bien, la cesión de un contrato en contra de lo estipulado en sus cláusulas puede socavar los derechos contractuales de la otra y perjudicarla, especialmente cuando dicha parte no pueda apenas intervenir en la selección del cesionario. Además, la cesión puede tener también el inconveniente de imponer a la otra parte un cesionario que no conozca o con el que no desee tener tratos. Se siguen diversos criterios respecto de la cesión. Algunos regímenes de la insolvencia invalidan expresamente toda cláusula de intransferibilidad del contrato al abrirse un procedimiento de insolvencia. En cambio, en otros, la cuestión se regula por el derecho general de los contratos; si el contrato contiene una cláusula de intransferibilidad, éste no podrá cederse a menos que la otra parte o todas las partes en el contrato originario den su consentimiento. Algunos de estos regímenes establecen también que, en caso de que la otra parte no dé su consentimiento, el tribunal podrá aprobar la cesión si se cumplen determinadas condiciones, por ejemplo, que la otra parte deniegue su consentimiento sin motivo razonable, que esa parte no resulte sustancialmente desfavorecida por la cesión, o que el representante de la insolvencia pueda demostrar a la otra parte que el cesionario reúne las condiciones para cumplir adecuadamente el contrato. De cumplirse todas esas condiciones, el representante de la insolvencia podrá ceder libremente el contrato en provecho de la masa de la insolvencia[60].

288. Cuando el régimen de la insolvencia permita la cesión de contratos, sería muy importante requerir al deudor que, antes de ceder un contrato, subsanara todo incumplimiento del mismo. Con ello se evitarían problemas en la sustitución del deudor por el cesionario como parte contratante.

289. Aun cuando el representante de la insolvencia esté facultado para ceder contratos, algunos contratos no podrán cederse si requieren la prestación de servicios personales irreemplazables o si la ley prohíbe su cesión. En algunos países, por ejemplo, no se permite ceder ningún contrato adjudicado por una entidad pública.

---

[60] Este enfoque corresponde, por ejemplo, al criterio seguido en el artículo 9 de la Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001).

6. Excepciones a la facultad para mantener, rechazar y ceder contratos

290. Las excepciones a la potestad del representante de la insolvencia para decidir la suerte de los contratos suelen dividirse en dos categorías. En la primera pueden entrar las excepciones específicas que conviene que haga el representante de la insolvencia, cuando esté facultado para dejar sin efecto toda cláusula contractual de extinción automática, respecto de ciertos contratos como los contratos financieros de corta duración (por ejemplo, los contratos de permuta y de entrega futura; véase el capítulo II.H). En esta categoría pueden entrar también los contratos de seguros y los contratos para la obtención de préstamos. Tal vez convenga limitar también el poder de rechazar contratos en el caso de los contratos de trabajo y de los acuerdos en los que el deudor sea arrendador, titular de una franquicia o beneficiario de una licencia de propiedad intelectual y la extinción del contrato pueda arruinar o perjudicar gravemente el negocio de la otra parte, especialmente cuando la extinción del contrato no suponga grandes ventajas para el deudor. También cabe prever limitaciones para los contratos con entidades públicas, como los acuerdos de concesión de licencias y los contratos de adjudicación pública.

a) Contratos de trabajo

291. Como ya se ha señalado en el párrafo anterior, una limitación importante de los poderes del representante examinados en esta sección es la que exceptúa los contratos de trabajo. Pese a ser particularmente importantes para la reorganización de una empresa, esos contratos son también importantes en el caso de una liquidación en la que el representante de la insolvencia trate de vender la empresa del deudor como negocio en marcha. El precio de la venta será superior si el representante de la insolvencia puede poner fin a ciertos contratos de trabajo onerosos o si logra hacer la necesaria reducción de la plantilla del deudor. Ahora bien, la relación entre empleados y empleadores plantea algunos de los problemas más difíciles de resolver en un régimen de la insolvencia. El problema no radica sólo en el contrato en sí, que es básicamente igual a todo otro contrato pendiente, sino también en las disposiciones, normalmente de carácter imperativo, de otras leyes que amparan la situación de los empleados. Puede haber, por ejemplo, disposiciones que regulen los despidos injustos, los salarios mínimos, las vacaciones pagadas, el límite de las horas de trabajo, las licencias de maternidad, la igualdad de trato y la no discriminación. Lo difícil es determinar el modo en que esas disposiciones repercutirán en la insolvencia, pues suscitan cuestiones mucho más amplias que la extinción del contrato o el orden de prelación de los créditos monetarios respecto de los salarios y prestaciones no abonados (véase el capítulo V.A y C). Por ello, algunos países han promulgado regímenes especiales para proteger los créditos de los empleados en casos de insolvencia. Además, estos regímenes, para evitar que los procedimientos de insolvencia se utilicen para soslayar la obligación de proteger a los empleados, limitan expresamente la facultad del representante de la insolvencia para rechazar contratos de trabajo. Siguiendo este criterio, podría limitarse esa facultad a los supuestos en que, por ejemplo, la remuneración de un empleado fuera excesiva habida cuenta de lo que percibiría, en promedio, un empleado que realizara un trabajo de la misma índole. En algunos países, la ley prevé que los empleados deberán seguir en la empresa cuando ésta se venda como negocio en marcha, ya sea en caso de liquidación o de reorganización, aunque en otros países esta regla sólo es aplicable en los casos de reorganización.

b) Contratos sobre servicios irreemplazables y personales

292. Otra categoría de contratos es la de los contratos que, independientemente de las disposiciones sobre extinción automática que prevea el régimen de la insolvencia, no pueden mantenerse porque estipulan la obligación de que el deudor o uno de sus empleados presten servicios personales irreemplazables (el contrato tal vez requiera, por ejemplo, algún derecho exclusivo de propiedad intelectual, servicios que impliquen un acuerdo de asociación, la prestación de servicios por personal altamente especializado o por una determinada persona especialmente cualificada).

293. En aras de la transparencia del régimen, es conveniente que éste señale claramente cuáles son los límites de los poderes conferidos al representante de la insolvencia respecto de los tipos de contratos examinados en esta sección.

7. Contratos posteriores a la apertura del procedimiento

294. Otra categoría de contratos que afectan a la insolvencia, además de los contratos que no se han cumplido en su totalidad, es la de los contratos celebrados tras la apertura del procedimiento. En el curso de una reorganización, y cuando en una liquidación deba venderse la empresa como negocio en marcha, puede ser necesario celebrar contratos (en el curso ordinario de los negocios o de algún otro modo) a fin de que la empresa pueda seguir funcionando y reportando beneficios en provecho de los acreedores. Estos contratos suelen considerarse obligaciones de la masa posteriores a la apertura del procedimiento y los costos y demás gastos que haya ocasionado su cumplimiento se reembolsan íntegramente a título de gasto de administración de la insolvencia (véase el capítulo V.C).

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas al régimen aplicable a los contratos tienen por objeto:

a) establecer el régimen legal aplicable a los contratos en virtud de los cuales ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido plenamente sus obligaciones respectivas, así como la relación entre la ley y el derecho general aplicable, con el objetivo de obtener el máximo valor de la masa y de reducir su pasivo;

b) determinar el alcance de las facultades otorgadas respecto de esos contratos, y determinar quién podrá ejercerlas y en qué supuestos podrá hacerlo;

c) determinar las categorías de contratos respecto de las cuales no podrán ejercerse esas facultades;

d) especificar los tipos de salvaguardias de que podrá beneficiarse la otra parte en caso de mantenimiento de un contrato.

Contenido de las disposiciones legales

55) El régimen de la insolvencia debería especificar el régimen que será aplicable a los contratos en virtud de los cuales ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido plenamente sus obligaciones respectivas.

Cláusulas de extinción automática

56) El régimen de la insolvencia debería especificar que, al abrirse un procedimiento de insolvencia, no será invocable, frente al representante de la insolvencia o al deudor, ninguna cláusula contractual por la que se estipule la extinción automática de un contrato cuando:

a) se haya presentado una solicitud de apertura o se haya abierto un procedimiento de insolvencia;

b) se haya nombrado un representante de la insolvencia[61].

57) El régimen de la insolvencia debería indicar claramente los contratos a los que no podrá aplicarse la recomendación 56, como los contratos financieros, o los que estén sujetos a reglas especiales.

Mantenimiento o rechazo de un contrato

58) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá decidir que continúe cumpliéndose un contrato del que tenga conocimiento cuando ello resulte beneficioso para la masa de la insolvencia[62]. El régimen de la insolvencia debería especificar que el derecho a mantener un contrato es aplicable a la totalidad del contrato y que, al mantenerse dicho contrato, resultarán ejecutables todas sus cláusulas.

59) La ley puede permitir que el representante de la insolvencia decida rechazar un contrato[63]. El régimen de la insolvencia debería especificar que la decisión de rechazo será aplicable al contrato en su totalidad.

Plazo para la adopción de la decisión de mantener o de rechazar un contrato y para su notificación

60) El régimen de la insolvencia debería señalar el plazo antes de cuyo vencimiento el representante de la insolvencia deberá decidir si mantiene o rechaza el contrato; este plazo podrá ser prorrogado por el tribunal.

---

[61] Esta recomendación sólo sería aplicable a los contratos en que puedan dejarse sin efecto tales cláusulas (véase el comentario sobre las excepciones en el capítulo II.E.6) y no pretende ser excluyente, sino establecer un criterio mínimo. Por consiguiente, el tribunal debe poder examinar toda otra cláusula contractual que prevea la extinción de un contrato cuando se den circunstancias análogas a las enunciadas en la recomendación.

[62] Siempre que la paralización automática a raíz de la apertura de un procedimiento sea invocable para evitar la extinción (en virtud de una cláusula de extinción automática) de contratos celebrados con el deudor, todos los contratos deberán conservar su validez para que el representante de la insolvencia pueda estudiar la posibilidad de mantenerlos, a menos que la fecha de extinción estipulada en el contrato sea posterior a la apertura del procedimiento.

[63] En vez de la facultad de repudiar un contrato, algunos ordenamientos prevén que se interrumpa simplemente el cumplimiento del contrato, salvo que el representante de la insolvencia decida lo contrario.

61) El régimen de la insolvencia debería especificar el momento en que surtirá efecto la decisión de rechazar el contrato.

62) Para todo supuesto en el que se mantenga o se rechace un contrato, el régimen de la insolvencia debería especificar que deberá notificarse a la otra parte el mantenimiento o rechazo de su contrato, informándola también de su derecho a presentar una reclamación (y, en particular, del momento en que deberá hacerlo), y que deberá dársele la oportunidad de impugnar la decisión [ante el tribunal].

Derecho de la otra parte a solicitar una decisión

63) No obstante lo dispuesto en la recomendación 60), el régimen de la insolvencia debería permitir que la otra parte en el contrato solicitara (en un determinado plazo) al representante de la insolvencia que decidiera con prontitud y, en caso de no obrar éste así, solicitara al tribunal una orden por la que se obligara al representante a decidir si mantiene o rechaza el contrato.

Consecuencias de que no se adopte una decisión

64) El régimen de la insolvencia debería especificar las consecuencias de que el representante de la insolvencia no adoptara, en el plazo especificado, decisión alguna respecto de un contrato del que tuviera conocimiento. La omisión de este deber por el representante durante dicho plazo no debería dar lugar a que se mantuviera un contrato del que el representante no tuviera conocimiento[64].

Mantenimiento de un contrato incumplido por el deudor

65) a) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el deudor haya incumplido un contrato, el representante de la insolvencia podrá mantener el cumplimiento de dicho contrato, siempre y cuando se subsane el incumplimiento, se restablezca la situación económica que tenía la parte perjudicada antes del incumplimiento y la masa de la insolvencia tenga la capacidad suficiente para cumplir el contrato mantenido;

b) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el deudor haya incumplido un contrato para el suministro de servicios esenciales[65], debería asegurarse que siguieran suministrándose dichos servicios a la empresa del deudor, sin exigir a éste que subsanara el incumplimiento, siempre y cuando la masa de la insolvencia pudiera hacer frente a las obligaciones del contrato mantenido.

Reclamaciones resultantes de contratos mantenidos o rechazados

66) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando se haya decidido mantener un contrato y seguir cumpliéndolo, los daños y perjuicios derivados de un ulterior cumplimiento serán pagaderos en concepto de gastos de administración de la masa.

---

[64] Véase el capítulo III.A 4 b), referente al deber del deudor de proporcionar información, incluida la lista de los contratos aún no cumplidos en su totalidad.

[65] Entre los servicios esenciales pueden figurar los de teléfono, gas, agua, electricidad y recogida de basura; véase el capítulo II.E.3c).

67) Tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, y durante el período previo a la extinción de un contrato rechazado, el régimen de la insolvencia debería especificar que:

a) si la otra parte ha cumplido dicho contrato en provecho de la masa, los beneficios conferidos a la masa, conforme a lo estipulado en el contrato, serán pagaderos como gastos de administración[66];

b) si el representante de la insolvencia utiliza bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en virtud de un contrato, debería protegerse al tercero de toda pérdida de valor de sus bienes, y los beneficios que reporte a la masa la utilización de dichos bienes deberían tratarse de acuerdo con lo dispuesto en el apartado a).

68) El régimen de la insolvencia debería especificar que los daños y perjuicios derivados del rechazo de un contrato anterior a la apertura serán evaluados de conformidad con el derecho general aplicable y que deberían tratase como créditos de acreedores ordinarios no garantizados. La ley podría limitar las reclamaciones derivadas del rechazo de un contrato de larga duración.

Cesión de contratos

69) La ley podrá especificar que el representante de la insolvencia podrá optar por ceder un contrato, pese a las restricciones estipuladas en él, siempre y cuando la cesión sea provechosa para la masa.

70) Si la otra parte en un contrato se opone a su cesión, la ley podrá facultar, no obstante, al tribunal para aprobar la cesión, siempre y cuando:

a) el representante de la insolvencia mantenga el contrato;

b) el cesionario pueda cumplir las obligaciones contractuales cedidas;

c) la otra parte en el contrato no quede en clara situación de desventaja a consecuencia de la cesión.

71) La ley podrá especificar que, cuando se ceda un contrato, el cesionario pasará a sustituir al deudor como parte contratante, y que esa sustitución surtirá efecto en la propia fecha de la cesión.

Contratos posteriores a la apertura del procedimiento

72) El régimen de la insolvencia debería especificar que los contratos celebrados tras la apertura del procedimiento de insolvencia serán considerados como deudas contraídas por la masa de la insolvencia después de dicha apertura. Los créditos nacidos de esos contratos deberían ser satisfechos como gastos de administración.

[66] Véase el capítulo V.C.

F. Procedimientos de anulación

1. Introducción

295. Puede transcurrir mucho tiempo entre el momento en que el deudor se percata de que no podrá evitar un procedimiento de insolvencia (ya sea de liquidación o de reorganización) y la apertura del procedimiento en sí. Mientras tanto, el deudor puede tener abundantes oportunidades para tratar de ocultar bienes a los acreedores, suscribir compromisos ficticios, hacer donaciones o regalos a parientes o amigos, o pagar a ciertos acreedores y a otros no. Asimismo, los acreedores pueden tener oportunidad de adoptar medidas estratégicas para colocarse en situación de ventaja. Desde la perspectiva del procedimiento de insolvencia, todas estas actividades perjudican a los acreedores ordinarios con créditos no garantizados que no hayan participado en dichas actividades y que no gocen del amparo de una garantía.

296. En esta sección, el término "operación" se refiere en su sentido lato a la amplia gama de actos jurídicos por los que cabe enajenar bienes o contraer obligaciones, ya sea mediante transferencias, pagos, constitución de garantías reales u otras garantías, préstamos o desgravaciones, y diversas combinaciones de tales actos.

297. Muchos regímenes de la insolvencia contienen disposiciones de aplicación retroactiva a partir de una determinada fecha (que puede ser la de las solicitudes de apertura de procedimientos de insolvencia o la de la apertura) y que se aplican durante un período especificado (a veces denominado "período de sospecha"). Estas disposiciones están destinadas a invalidar toda operación anterior en la que haya intervenido el deudor insolvente o que tenga ciertos efectos para los bienes del deudor, concretamente que reduzcan el valor neto del patrimonio del deudor (por ejemplo, cuando éste done bienes o los transfiera o venda a un precio inferior a su justo valor comercial) o que violen el principio de la igualdad con que debe tratarse a todos los acreedores de una misma categoría (por ejemplo, pagando una deuda a un determinado acreedor no garantizado o constituyendo una garantía a favor de un acreedor que no disponga de ninguna, mientras que otros acreedores ordinarios siguen sin cobrar y sin garantías). En muchas legislaciones no referentes a la insolvencia se regulan también estos tipos de operaciones porque perjudican a los acreedores al margen de la solvencia. En algunos supuestos, el representante de la insolvencia podrá invocar esas otras leyes, además de la legislación relativa a la insolvencia.

298. Según un principio generalmente aceptado en los regímenes de la insolvencia, las acciones colectivas son más eficaces para obtener el máximo valor posible de los bienes a disposición de los acreedores que los sistemas que permiten que los acreedores presenten demandas individuales, y toda acción colectiva requiere que se trate igual a todos los acreedores que estén en situación análoga. Las disposiciones que regulan los poderes de anulación tienen la finalidad de apoyar esos objetivos colectivos, asegurando que los bienes de un deudor insolvente se distribuyan equitativamente entre los acreedores con arreglo al orden de prelación establecido y preservando la integridad de la masa de la insolvencia. Las disposiciones de anulación pueden tener también un efecto disuasorio, previniendo las acciones individuales de los acreedores durante el período previo a la insolvencia, al saber éstos que, cuando se abra el procedimiento, las decisiones a su favor que hayan obtenido podrán revocarse y que sus efectos podrán anularse. Así, las operaciones

pueden declararse anulables en un procedimiento de insolvencia con los siguientes objetivos: para prevenir el fraude (por ejemplo, las operaciones destinadas a ocultar bienes en ulterior provecho del deudor o en provecho de los directivos, propietarios o miembros de la junta o consejo de administración de la empresa deudora); para asegurar la ejecutabilidad general de los derechos de los acreedores; para garantizar el trato equitativo de todos los acreedores, evitando favoritismos cuando el deudor desee favorecer a ciertos acreedores en detrimento de los demás; para evitar la pérdida súbita del valor comercial de la empresa antes de que se imponga la supervisión del procedimiento de la insolvencia; y, en algunos países, para crear un marco que propicie un arreglo extrajudicial (en esos países, los acreedores sabrán que toda operación o embargo de última hora será anulable, por lo que será más probable que deseen colaborar con el deudor para llegar a un arreglo viable sin necesidad de intervención judicial).

299. Pese a los motivos en que se basan las disposiciones de anulación, es importante tener en cuenta que muchas de las operaciones que pueden ser objeto de anulación serían perfectamente normales y aceptables al margen de la insolvencia, y que sólo resultan sospechosas cuando se realizan poco antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia. Los poderes de anulación no tienen por objeto sustituir ni afectar de algún otro modo los mecanismos de protección de los derechos que tengan los acreedores en virtud del derecho civil general o del derecho mercantil.

300. El régimen aplicable a la anulación es objeto de un intenso debate, principalmente en lo que respecta a su eficacia práctica y al carácter en cierto modo arbitrario de las reglas necesarias para definir, por ejemplo, los plazos de anulabilidad y el tipo de operaciones anulables. No obstante, esos poderes de anulación pueden ser importantes para un régimen de la insolvencia no sólo por estar basados en razones de justicia sino también porque pueden servir para recuperar ciertos bienes o el valor de éstos en beneficio de todos los acreedores, y porque contribuyen a hacer respetar ciertas normas de conducta comercial equitativa que están inspiradas en los principios por los que debe regirse la gestión de toda entidad comercial. Conviene señalar, además, que, en el contexto de las insolvencias transfronterizas, los países cuyos regímenes de la insolvencia no prevean la anulabilidad de ciertos tipos de operaciones pueden experimentar dificultades en el reconocimiento de procedimientos y en la cooperación con tribunales o con síndicos de la insolvencia de países en que esas operaciones no sean anulables.

301. Al igual que en otras disposiciones básicas del régimen de la insolvencia, al regularse los poderes de anulación, debe tratarse de compaginar diversos intereses sociales encontrados, procurando, por una parte, que esos poderes sean eficaces para obtener el máximo valor posible de la masa de la insolvencia en beneficio de todos los acreedores, y evitando, por otra, que esos poderes minen la previsibilidad y la certeza contractual de las operaciones. Asimismo, debería encontrarse un punto medio entre los criterios de anulabilidad, que son fáciles de demostrar y que pueden dar lugar a la anulación de diversas operaciones, y los criterios más estrictos, que son más difíciles de demostrar y que reducirán el número de operaciones anuladas. A fin de reducir al mínimo los efectos negativos de las disposiciones de anulación para la previsibilidad y la certeza contractual, es conveniente que, en la medida de lo posible, las operaciones anulables (independientemente de que se definan de modo amplio o estricto) y el ejercicio de los poderes de anulación estén sujetos a

criterios claros que permitan determinar los posibles riesgos empresariales o comerciales.

302. Para decidir si se abre o no un procedimiento de anulación, deberán sopesarse diversas consideraciones. En general, esas consideraciones guardarán relación con el costo y los probables beneficios; en el caso de acciones encaminadas a restituir bienes a la masa de la insolvencia, se tendrá en cuenta también si la anulación de la operación beneficiará a la masa o la perjudicará (por ejemplo, si la apertura de un procedimiento de anulación puede hacer fracasar las propuestas de reorganización, especialmente cuando el procedimiento se inicie a instancia de acreedores sin el consentimiento del representante de la insolvencia); si supondrá gastos para la masa; si es probable que se obtenga valor para la masa; si puede haber demoras en la recuperación de los bienes; y las dificultades que pueda entrañar la demostración de los elementos necesarios para anular una determinada operación.

2. Criterios de anulación

303. En los regímenes de la insolvencia varían considerablemente los métodos para fijar los criterios concretos para las acciones de nulidad y la combinación de criterios. Los criterios aplicables pueden dividirse *grosso modo* en dos categorías: los criterios objetivos y los criterios subjetivos.

a) Criterios objetivos

304. Uno de los enfoques consiste en adoptar criterios objetivos y de carácter general para determinar las operaciones que serán anulables. Se tiene en cuenta, por ejemplo, si una operación ha tenido lugar durante período de sospecha, o si en la operación concurren algunas de las condiciones generales enunciadas por la ley (por ejemplo, si ha habido una contraprestación apropiada en valor por los bienes transferidos o por la obligación contraída, independientemente de si el plazo de la deuda o de la obligación haya vencido o no, o si existía una relación especial entre las partes en la operación). Si bien esos criterios generales pueden ser más fáciles de aplicar que los criterios basados en pruebas, por ejemplo, de intención, pueden tener también resultados arbitrarios si no se aplican en combinación con otros criterios. Así pues, por ejemplo, podría ocurrir que una operación lícita y útil realizada durante el período de sospecha fuera anulada, mientras que otra operación que fuera fraudulenta o preferente, pero que se hubiera efectuado fuera de ese plazo, no perdiera su validez.

b) Criterios subjetivos

305. Otro enfoque sería el de seguir criterios más casuísticos y subjetivos por los que se trate de determinar si existen indicios de una voluntad de ocultar bienes a los acreedores, si el deudor era insolvente en el momento de la operación o si pasó a serlo a raíz de la operación, si la operación fue inequitativa y perjudicó a ciertos acreedores, y si la otra parte sabía que el deudor era insolvente en el momento de la operación o que pasaría a serlo a raíz de la misma. Este enfoque individualizado obliga a examinar en detalle la intención de las partes en cada operación y factores como la situación financiera del deudor en el momento de la operación, las consecuencias de la operación para los bienes del deudor, así como lo que cabe entender por una operación realizada en el curso ordinario de los negocios entre el deudor y determinados acreedores.

c) Combinación de criterios

306. Son muy pocos los regímenes de la insolvencia que siguen únicamente criterios subjetivos para formular sus disposiciones de anulación; generalmente, estos criterios se combinan con plazos en los que deben haberse realizado las operaciones. En algunos países que se han basado en gran medida en criterios subjetivos se han producido numerosos litigios, a raíz de los cuales se han impuesto cuantiosos gastos a las masas de la insolvencia. A fin de evitar esos gastos, en algunas leyes recientes se ha adoptado un criterio estrictamente objetivo, fijándose un breve período de sospecha de tres a cuatro meses que, en algunos casos, se ha combinado con una regla arbitraria en virtud de la cual todas las operaciones que se realicen durante ese período serán sospechosas, a menos que se demuestre que ha habido un intercambio de prestaciones, más o menos simultáneo y de valor equivalente, entre las partes en una operación. Además, el breve período de sospecha puede utilizarse para crear la presunción de que ha habido el propósito o el conocimiento necesario, especialmente de la insolvencia, por parte del deudor, de la persona que haya recibido la transferencia o de ambos. Algunas legislaciones adoptan un criterio dual en el que se combina el breve período en que todas las operaciones son anulables con un período más largo en el que deben demostrarse ciertos elementos suplementarios. Así, por ejemplo, la ley puede especificar que todas las operaciones de una determinada índole que se realicen, por ejemplo, a seis meses de la apertura quedarán anuladas, y el representante de la insolvencia sólo deberá demostrar que los fines de la operación corresponden a los enunciados en la legislación y que la operación se realizó durante el período fijado por la ley; además, la otra parte no podrá oponer excepciones. En cambio, en el caso de las operaciones efectuadas, por ejemplo, en el plazo de un año, el representante de la insolvencia deberá demostrar que la operación no se realizó en el curso ordinario de los negocios y que era, por ejemplo, de carácter preferente. Para obtener un fallo en su favor, la otra parte deberá demostrar que puede oponer una excepción pertinente.

307. En algunos regímenes de la insolvencia también se combinan esos distintos enfoques para regular diferentes tipos de operaciones. Por ejemplo, las operaciones preferentes y sin contravalor suficiente pueden definirse en función de criterios objetivos, mientras que las operaciones encaminadas a frustrar los objetivos de los acreedores y a crearles obstáculos se definen en función de elementos más subjetivos, como la intencionalidad, tanto del deudor como de la otra parte. En un régimen de la insolvencia que adopta una combinación de esos elementos se prevé, por ejemplo, que las operaciones como las donaciones, las garantías para deudas existentes y los pagos extraordinarios (es decir, los que no se hayan efectuado con los medios habituales de pago o que se hayan realizado antes de la fecha de vencimiento) podrán anularse si se han efectuado en el plazo de tres meses antes de la apertura del procedimiento. También pueden anularse las operaciones realizadas cuando el deudor sea ya insolvente; las operaciones que sean inequitativas o indebidas frente a un grupo de acreedores y toda operación en que la parte contraria sepa que el deudor es insolvente en el momento de concertarla.

d) Curso ordinario de los negocios

308. Merece especial atención el concepto de "curso ordinario de los negocios", empleado en muchos regímenes de la insolvencia para definir los criterios de anulabilidad, como el de los pagos extraordinarios, ya señalado en el párrafo anterior. Este concepto es de mayor trascendencia para los regímenes de la insolvencia, ya que también puede utilizarse, por ejemplo, para hacer una distinción entre el ejercicio de los poderes de uso y disposición de bienes durante el procedimiento de insolvencia "en el curso ordinario de los negocios" y su uso o disposición en otras circunstancias. De esta distinción puede depender, por ejemplo, la persona o entidad que podrá ejercer tales poderes y las salvaguardias requeridas.

309. Los Estados definen el "curso ordinario de los negocios" poniendo de relieve, en mayor o menor grado, distintos elementos. No obstante, en la mayoría de los ordenamientos la finalidad de la definición es permitir que las empresas puedan haber hecho o sigan haciendo pagos rutinarios en su actividad cotidiana sin que esas operaciones puedan estar sujetas a una posible anulación. Entre esos pagos autorizados pueden figurar los de los alquileres, los de servicios esenciales como la electricidad y el teléfono, e incluso los suministros comerciales.

310. Algunas leyes adoptan la pauta de la conducta anterior de las partes, especialmente en lo relativo al método, la cantidad y la periodicidad de los suministros o de los pagos. En esos regímenes se considera que toda operación que se aparte de anteriores contratos o costumbres o de lo que pueda interpretarse como práctica habitual entre las partes (por ejemplo, un pago efectuado por medios anómalos) se excluirá del concepto de "curso ordinario de los negocios". Otra pauta consiste en tener en cuenta la intención de las partes y en determinar si el acreedor conocía, o debería haber conocido, la situación financiera del deudor, o si éste había pretendido dar preferencia a un acreedor en detrimento de otros.

311. Otro enfoque consiste en aplicar a los términos de la operación y a las circunstancias en que se concertó criterios basados en las prácticas industriales habituales, o incluso en las prácticas comerciales generales. Otros regímenes consideran que un pago es extraordinario si su importe es superior a un determinado porcentaje del valor de los bienes del deudor.

312. Es importante que, al definirse el concepto de "curso ordinario de los negocios", se prevea cierta flexibilidad, para no obstaculizar indebidamente la evolución de las prácticas comerciales, aunque sin perder de vista la imprescindible certeza que deben tener las disposiciones del régimen de la insolvencia.

e) Excepciones

313. Si un régimen de la insolvencia prevé la posibilidad de que cada una de las otras partes pueda oponer excepciones a las disposiciones de anulabilidad, existe el riesgo de que esas excepciones resten eficacia a dichas disposiciones y desvirtúen su principal finalidad. Las excepciones con elementos controvertibles, como la de que la operación se llevó a cabo en el curso ordinario de los negocios o de que la otra parte actuó de buena fe, pueden crear incertidumbre para todas las partes y pueden requerir una resolución judicial. Este riesgo de incertidumbre aumentará si los tribunales interpretan esas excepciones en sentido lato a favor de la parte contraria y, a consecuencia de ello, el representante de la insolvencia, consciente de que las disposiciones de anulación ya no son eficaces en la insolvencia, no podrá o no

deseará recurrir a ellas, ya sea por los gastos que generan las acciones de esta índole o porque los procedimientos son ineficientes e imprevisibles. Ante esas posibles dificultades, es evidente que los regímenes de la insolvencia deberían adoptar criterios de anulabilidad claros y previsibles y prever excepciones que permitan a todas las partes evaluar los posibles riesgos y evitar controversias. Por ejemplo, cabría adoptar criterios objetivos que, en vez de determinar la intención de las partes, se basaran en los efectos o resultados de las operaciones. Cuando se previeran elementos como el "curso ordinario de los negocios", deberían estar claramente definidos y circunscritos en el régimen de la insolvencia.

3. Tipos de operaciones sujetas a anulación

314. Aunque las definiciones difieren, en casi todos los ordenamientos jurídicos existen tres amplias categorías comunes de operaciones anulables, que en la presente guía han servido de base para el análisis. Se trata de las operaciones encaminadas a impedir que los acreedores cobren sus créditos o a obstaculizar o retrasar esos pagos; las operaciones sin contravalor suficiente; y las operaciones con ciertos acreedores que pueden considerarse preferentes. Algunas operaciones pueden corresponder a más de una de estas categorías, en función de las circunstancias concretas de cada operación. Por ejemplo, las operaciones que parezcan de carácter preferente pueden entrar más bien en la categoría de las operaciones fraudulentas encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar el cobro por parte de los acreedores cuando el propósito de la operación sea poner los bienes fuera del alcance de un acreedor potencial o real o perjudicar de algún otro modo los intereses de ese acreedor y la operación se produzca en un momento en que el deudor no esté en condiciones de pagar las deudas que vayan venciendo, o cuando se deje al deudor sin suficientes bienes para mantener en funcionamiento su negocio. De igual modo, una operación sin contravalor adecuado puede ser también de carácter preferente, pero sólo si se concierta con un acreedor (no lo será si se concierta con un tercero), y toda operación con la que se pretenda impedir, obstaculizar o retrasar el pago de los créditos entrará en la primera categoría de operaciones. En tales casos, el representante de la insolvencia podrá elegir el tipo de operaciones anulables al que corresponde una determinada operación, aprovechando la diversidad de requisitos exigidos para cada tipo de operación en lo relativo a las pruebas y a los períodos de sospecha.

315. A fin de dar a las disposiciones la máxima claridad y certeza y de evitar duplicaciones innecesarias, es conveniente que, al determinar las categorías de operaciones anulables, en el régimen de la insolvencia se especifiquen las características particulares de las operaciones (incluidos sus efectos) que sean indispensables para entrar en una determinada categoría de operaciones anulables, en vez de clasificarlas en categorías más amplias como las denominadas "fraudulentas" o "preferentes".

a) Operaciones encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar el pago a los acreedores

316. En estos tipos de operaciones, el deudor transmite bienes a un tercero con la intención de ponerlos fuera del alcance de los acreedores, y para que entren en esta categoría se requiere en general que el tercero conozca o debiera haber conocido la intención del deudor al efectuar la transmisión. Este tipo de operación suele

perjudicar a los acreedores no garantizados. Por lo general, estas operaciones no pueden anularse automáticamente basándose en el criterio objetivo del plazo establecido durante el cual se produzca la operación, dado que es necesario probar la intención del deudor. Esa intención raras veces puede demostrarse con pruebas directas; normalmente se demuestra determinando la existencia de circunstancias comunes en esos tipos de operaciones. Si bien estas circunstancias difieren de un ordenamiento jurídico a otro, existen varios indicadores comunes, que son los siguientes:

i) la relación entre las partes en la operación, cuando ésta se haya realizado con una persona allegada directamente o a través de un tercero;

ii) el hecho de que por la operación no se haya percibido ningún contravalor o de que se haya percibido un contravalor insuficiente;

iii) la situación financiera del deudor antes y después de efectuarse la operación, particularmente cuando el deudor ya es insolvente en el momento de la operación o cuando pasa a serlo a raíz de la misma;

iv) la existencia de una pauta o de una serie de operaciones en que se habían transmitido algunos de los bienes del deudor o prácticamente todos ellos después de que el deudor empezara a experimentar dificultades financieras o de que los acreedores lo amenazaran con tomar medidas;

v) la cronología general de los acontecimientos y de las operaciones investigadas cuando, por ejemplo, la transmisión se haya realizado poco después de haberse contraído una deuda sustancial;

vi) el deudor oculta la operación, especialmente cuando ésta no se haya efectuado en el curso ordinario de los negocios, o cuando las partes sean ficticias; o

vii) el deudor se da a la fuga.

317. En algunos regímenes se especifican también las circunstancias en que puede haber una presunción de intencionalidad o las operaciones en que se estime que ha habido intencionalidad o mala fe, por ejemplo, las operaciones con personas allegadas que se concierten durante un período especificado previo a la apertura del procedimiento (este supuesto se analiza más adelante). En otros regímenes, puede bastar, para anular la operación, que el deudor pueda haber sabido y, por tanto, deba haber sabido que la operación causaría, e incluso tenía la intención de causar un perjuicio a los acreedores y que el beneficiario pueda haberse percatado y, por tanto, deba haberse percatado de que la acción del deudor produciría ese resultado. Algunos regímenes disponen asimismo que ciertos actos de disposición, como los traspasos de terrenos, no estarán sujetos a anulación en esta categoría de operaciones si se han efectuado de buena fe, si se ha dado una contraprestación justa y si el beneficiario no ha tenido conocimiento ni ha sido consciente de la intención de defraudar a los acreedores.

b) Operaciones sin contravalor adecuado

i) Criterios

318. Un deudor que necesite dinero en efectivo puede vender bienes a un precio notablemente inferior a su valor real a fin de agilizar la venta, sin que ello suponga la intención de impedir o demorar el pago a los acreedores. No obstante, a consecuencia de esa venta pueden disminuir notablemente los bienes disponibles para los acreedores en la insolvencia. Por esta razón, muchos regímenes de la insolvencia adoptan como criterio el intercambio de valor realizado en las operaciones y declaran generalmente anulables las operaciones entre el deudor y un tercero en que el valor percibido por el deudor sea nominal o nulo, como en el caso de una donación, o sea muy inferior a su verdadero valor o al precio de mercado del bien enajenado o de la obligación contraída, siempre y cuando la operación se produzca durante el período de sospecha. Otros regímenes de la insolvencia exigen además que se determine que la operación ha tenido un efecto catastrófico para el deudor, por ejemplo, dejándolo con muy escaso capital, que el deudor era insolvente en el momento de la operación o que haya pasado a serlo a raíz de la operación. Entre estas operaciones infravaloradas figuran las realizadas con los acreedores o con terceros.

319. Una importante cuestión que hay que regular respecto de estos tipos de operaciones es lo que constituye un "infravalor" suficiente a efectos de anulación y el modo en que puede determinarse. En muchos países, corresponde a los tribunales determinar ese valor mediante criterios como el valor razonable o el valor de mercado en el momento de la operación sobre la base de pruebas periciales adecuadas. Cuando las sumas pertinentes en una operación sean inciertas, el representante de la insolvencia puede ayudar al tribunal proporcionándole un cálculo estimado de esas sumas, que la otra parte en la operación podrá impugnar presentando otras pruebas. También podría facultarse al tribunal para determinar el modo en que debería hacerse la valoración, sin obligar al tribunal a encargarse él mismo de efectuarla. Dadas las dificultades para demostrar que la contraprestación de una operación es una suma infravalorada, en algunos ordenamientos puede resultar más fácil anular una operación por su efecto preferente si fue concertada en un momento en que la empresa no estaba en condiciones de pagar sus deudas vencidas. Además, en algunas legislaciones se presume que, cuando la contraprestación es insuficiente o nula, la operación entra en la categoría de las destinadas a impedir, obstaculizar o demorar el cobro de los créditos por los acreedores.

ii) Excepciones

320. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que esos tipos de operaciones no serán anuladas si se cumplen ciertas condiciones, por ejemplo, si el beneficiario ha actuado de buena fe, si la operación tenía por objeto mantener la empresa del deudor en marcha, si había motivos razonables para creer que la operación beneficiaría al negocio ordinario del deudor y, cuando la cesación de pagos sea un requisito pertinente, si el activo del deudor superaba su pasivo en el momento de la operación (es decir, si era insolvente).

c) Operaciones preferentes

i) Criterios

321. Toda operación preferente puede estar sujeta a anulación si: i) la operación se ha realizado durante el período de sospecha; ii) si la operación consiste en una transferencia en beneficio de un acreedor en concepto de una deuda preexistente; y iii) si a raíz de la operación el acreedor percibe, de los bienes del deudor, un porcentaje de su crédito superior al que perciben, de sus respectivos créditos, otros acreedores de la misma clase o categoría (en otras palabras, si se le ha dado preferencia). Muchos regímenes de la insolvencia requieren también que, cuando se realice la operación, el deudor sea insolvente o esté al borde de la insolvencia, y otros exigen además que el deudor haya tenido la intención de dar una preferencia. El motivo para la inclusión de estas categorías de operaciones entre las anulables por el régimen de la insolvencia es que, si una operación de esta índole se concierta muy poco antes de abrirse el procedimiento, es probable que exista ya una situación de insolvencia. En tal caso, al pagar a un acreedor de una categoría más de lo que tendrían derecho a cobrar los demás acreedores de esa misma categoría, el deudor habría violado el objetivo clave del trato equitativo de los acreedores que se hallan en situaciones similares.

322. Como ejemplos de operaciones preferentes cabe citar el pago de compensaciones de deudas aún no vencidas; la realización de actos que el deudor no tenga obligación alguna de realizar; la constitución de garantías sobre las deudas existentes no garantizadas; los métodos inhabituales de pago, en forma no monetaria, de las deudas vencidas; el pago de una deuda considerable, habida cuenta del valor de los bienes del deudor; y, en algunas circunstancias, el pago de deudas a causa de intensas presiones del acreedor, como la amenaza de presentar demandas judiciales o de embargo, si esas presiones no obedecen a motivos realistas. Una compensación que no sea en sí anulable puede ser tenida por perjudicial si se ofrece poco antes de presentarse la solicitud de apertura del procedimiento y si altera de tal modo el equilibrio de la deuda entre las partes que equivale a un trato preferente, o si esa compensación es resultado de una cesión de créditos entre acreedores destinada a crear un derecho de compensación frente al deudor. Una compensación podrá ser también anulable si se efectúa en circunstancias irregulares, por ejemplo, en ausencia de todo contrato previo entre las partes en dicha compensación.

ii) Excepciones

323. Una de las excepciones oponibles a una alegación de operación preferente puede consistir en demostrar que, si bien la operación contiene elementos de preferencia, es de hecho compatible con la práctica comercial normal y, en particular, con el curso ordinario de los negocios entre las partes en la operación. Por ejemplo, un pago efectuado tras la recepción de bienes que se suministran y pagan con regularidad puede no ser preferente, aun cuando se haya efectuado poco tiempo antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia. Este criterio anima a los proveedores de bienes y servicios a seguir haciendo negocios con un deudor que, aun teniendo dificultades financieras, puede seguir siendo viable. Otras excepciones oponibles en virtud de los regímenes de la insolvencia (según los criterios de anulación que prevean) pueden consistir en alegar que el beneficiario otorgó crédito al deudor después de la operación y que ese crédito no ha sido pagado (la excepción se limita al importe del nuevo crédito); que el beneficiario

aportó nuevo valor sin recibir garantía por ello; que el beneficiario puede demostrar que no era consciente de que se estaba otorgando una preferencia; que el beneficiario ignoraba o no podía haber sabido que, en el momento de la operación, el deudor era insolvente; o que el valor de los bienes del deudor era superior al de sus obligaciones en el momento de la operación.

d) Garantías reales

324. Si bien las garantías reales que sean eficaces y ejecutables con arreglo a la legislación que permite la concesión de garantías reales a acreedores deberían en general considerarse también válidas en el régimen de la insolvencia, pueden ser anulables en procedimientos de insolvencia por las mismas razones por las que se puede impugnar y anular cualquier otra operación. La finalidad de este criterio es impedir que un deudor que no pueda pagar sus deudas grave sus bienes, a menos que la garantía real constituida cubra los nuevos fondos adelantados. De otro modo, los bienes gravados no estarán a la disposición de los acreedores en general y se impondrán restricciones a la utilización de esos bienes por parte del deudor. Una operación de concesión de garantías podría anularse si se considera que está encaminada a impedir, demorar u obstaculizar el pago a los acreedores o si se considera que es una operación preferente o infravalorada. En muchos casos será una operación preferente por intervenir en ella un acreedor existente. Por ejemplo, la constitución de un bien en garantía poco antes de la apertura de un procedimiento, aun cuando sea por lo demás válida, podría ser conceptuada como operación que ha favorecido indebidamente a uno de los acreedores a expensas de los demás. Aun cuando se otorgue una garantía real para cubrir una deuda anterior en razón de alguna prestación anterior (lo cual está permitido en algunos ordenamientos jurídicos, pero no en otros), esa garantía podría también considerarse inválida por favorecer indebidamente a un determinado acreedor. Los pagos percibidos por un acreedor garantizado podrían considerarse preferentes (al menos en parte) cuando se pagara la totalidad de la deuda a un acreedor con una garantía insuficiente durante el período de sospecha. Cuando la garantía real se otorgue a un nuevo acreedor, la operación podrá no ser preferente en el sentido dado a esta categoría de operaciones, pero podrá entrar en otra categoría. Existen ejemplos de leyes con disposiciones que regulan específicamente la anulación de tales operaciones, especialmente en el contexto de las garantías reales que favorecen a los directivos de una empresa (que podrían estar reguladas también por disposiciones relativas a las operaciones con personas allegadas), a las que se aplican distintos criterios respecto de la aportación de valor y del período de sospecha.

325. Las disposiciones sobre anulación pueden ser también aplicables a las garantías reales no perfeccionadas con arreglo al régimen pertinente de las operaciones garantizadas y, en algunas legislaciones, a toda garantía real perfeccionada poco tiempo antes de la apertura de un procedimiento, así como también a las transferencias realizadas en beneficio de un acreedor garantizado con el producto de un bien gravado, cuando la operación de constitución de la garantía real sea dudosa.

e) Operaciones con personas allegadas

326. Como se ha señalado anteriormente, uno de los criterios pertinentes para anular ciertas operaciones es la relación entre el deudor y la otra parte. Cuando esos tipos de operaciones anulables se realicen con personas allegadas (a veces denominadas personas vinculadas a la empresa o iniciadas), los regímenes de la insolvencia suelen prever reglas más estrictas, en particular en lo relativo a la duración de los períodos de sospecha y al tratamiento de cualquier reclamación de una persona allegada (véase el capítulo V.A), así como presunciones o la inversión de la carga de la prueba (véase más adelante) para facilitar los procedimientos de anulación y dispensar del requisito de que el deudor fuera insolvente en el momento de la operación o de que hubiera pasado a serlo a raíz de esa operación. Un régimen más estricto puede justificarse por el hecho probable de que las partes allegadas resultarán las más favorecidas y porque suelen ser las primeras en tener conocimiento de si el deudor atraviesa efectivamente dificultades financieras.

327. Las personas allegadas suelen tener, según las definiciones, distintos niveles de vinculación con el deudor. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se hace referencia a las personas que pertenezcan de algún modo al entorno familiar o empresarial del deudor. Generalmente, el enfoque legislativo es de carácter prescriptivo, pero no siempre. Las personas que tengan vínculos empresariales de algún tipo con el deudor pueden definirse con criterios estrictos, limitándolas a los directivos o administradores de la empresa del deudor, o con un criterio más amplio, abarcando no sólo las personas que tuvieran el control efectivo del deudor sino también a todos los empleados del deudor y los garantes de las deudas de cualquier persona que tenga un vínculo empresarial con el deudor. Del mismo modo, el entorno familiar puede incluir a los parientes naturales o políticos e incluso, en algunas leyes, a las personas que vivan en el mismo hogar que el deudor, así como a los fideicomisarios de algún fideicomiso del que sea beneficiario el deudor u otra persona vinculada a éste. También suelen considerarse personas allegadas los parientes de las personas comercialmente asociadas al deudor. Como elemento importante en muchos ordenamientos, el concepto de personas allegadas abarca también a aquellas que hayan tenido una determinada relación con el deudor o que vayan a tenerla.

328. Cuando el deudor sea una persona física, puede haber otras leyes (como las relativas a los bienes matrimoniales) que sean pertinentes y que afecten al régimen de la insolvencia, concretamente a las disposiciones que regulan las operaciones anulables, complementándolas o limitándolas. Es conveniente ajustar esas leyes y que el régimen de la insolvencia enuncie claramente el modo en que sus disposiciones puedan verse afectadas por dichas leyes.

4. Operaciones no sujetas a acciones de anulación

329. Puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia excluya expresamente ciertas operaciones de las disposiciones de anulación. Esas operaciones no anulables pueden ser las que se efectúen durante la ejecución de un plan de reorganización, incluidas las relativas a la financiación posterior a la apertura, los pagos efectuados conforme a un plan aprobado por el tribunal en un procedimiento agilizado de reorganización, o los pagos realizados a raíz de un acuerdo de reestructuración voluntaria (aprobados entre el deudor y por lo menos la mayoría de los acreedores no garantizados), cuando fracase la ejecución del plan o del acuerdo y el

procedimiento pase a ser de liquidación o, en el caso del acuerdo negociado, se abra un procedimiento de liquidación. Las operaciones esenciales para el funcionamiento de los mercados financieros (como la compensación de clausura de valores por saldos netos y los contratos de derivados) (véase el capítulo II.H) deberían estar exentos de la aplicación de las disposiciones de anulación.

5. Efecto de la anulación: operaciones nulas o anulables

330. Cuando una operación corresponda a alguna de estas categorías de operaciones anulables, el régimen de la insolvencia la anula automáticamente o la declara anulable, según el criterio adoptado respecto de cada categoría de operaciones. Por ejemplo, si la norma aplicable se refiere únicamente a las operaciones celebradas durante cierto plazo, sin introducir ningún criterio subjetivo de valoración, la ley especifica a veces que las operaciones pertinentes serán nulas. No obstante, aunque se adopte ese criterio, el representante de la insolvencia puede tener que entablar un procedimiento para recuperar los bienes en poder de la otra parte, o un valor equivalente, si dicha parte no restituye los bienes.

331. En los regímenes en que la operación sea anulable, el representante de la insolvencia deberá decidir si la masa de la insolvencia sacará algún provecho de la anulación de dicha operación, para lo que deberá sopesar ciertos elementos de cada categoría de operación anulable, así como las posibles demoras que entrañe la recuperación de los bienes o de su valor, y las eventuales costas procesales. Esta facultad discrecional del representante de la insolvencia estará normalmente limitada por su obligación de obtener el máximo valor de la masa, y el representante podrá considerarse responsable del incumplimiento de este objetivo.

6. Establecimiento del período de sospecha

332. La mayoría de los regímenes de la insolvencia indican específicamente la duración del período de sospecha para cada tipo de operación anulable y establecen la fecha a partir de la cual se calcula retroactivamente el período. Por ejemplo, tantos días o tantos meses antes de una determinada fecha o de que se produzca un determinado acontecimiento, como la solicitud de apertura de un procedimiento, la apertura del procedimiento de insolvencia o la fecha que, por decisión del tribunal, sea la fecha en que el deudor dejó de pagar sus deudas con normalidad ("cesación de pagos"). El acontecimiento o la fecha que especifique la ley dependerá de otras pautas del régimen de la insolvencia, como los requisitos para la apertura y la posibilidad de demoras entre la solicitud de apertura y la apertura del procedimiento de insolvencia. Por ejemplo, si suelen transcurrir varios meses entre la solicitud y la apertura y el período de sospecha empieza a partir de la apertura, se utilizarán varios meses del período para cubrir la demora entre la solicitud y la apertura, con lo cual se restará eficacia a los poderes de anulación. En cambio, si la solicitud desencadena automáticamente la apertura del procedimiento, no se producirá tal demora. A fin de regular las situaciones en que pueda transcurrir mucho tiempo entre la solicitud y la apertura, el régimen de la insolvencia puede disponer que el período de sospecha se aplique retroactivamente a partir de la fecha de la solicitud y que las operaciones realizadas entre la solicitud y la apertura se regulen en virtud de otras disposiciones, por ejemplo, determinando si dichas operaciones son fraudulentas; si se han llevado a cabo en el curso ordinario de los negocios; o, en caso de que se haya nombrado un representante provisional de la insolvencia, si se

trata de operaciones no autorizadas (véase el capítulo II.B). Cuando la apertura se produzca poco después de la solicitud, cabría aplicar el período de sospecha retroactivamente a partir de la apertura.

333. Una cuestión conexa es la de determinar si el período de sospecha previsto por el régimen de la insolvencia podrá ser prorrogado por el tribunal si el caso lo aconseja, haciéndolo extensivo a operaciones que se hayan efectuado, en circunstancias dudosas, fuera del período de sospecha prescrito y que hayan hecho disminuir la masa de la insolvencia. Si la adopción de un enfoque discrecional puede dar cierto grado de flexibilidad respecto de las operaciones anulables, también puede ocasionar demoras en el procedimiento y no dará a los acreedores una indicación previsible o transparente sobre los tipos de operaciones que puedan ser anulables. Si cabe la posibilidad de revocar o anular las operaciones efectuadas en algún momento anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia y a reserva de lo que decida el tribunal, se restará probablemente seguridad a la firmeza de las operaciones financieras y comerciales. Por estas razones, es conveniente que sólo pueda prorrogarse el período de sospecha en el caso de las operaciones encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar el pago a los acreedores, en que la certeza comercial es un factor menos preocupante.

334. En algunos regímenes de la insolvencia se establece un único período de sospecha para todas las categorías de operaciones anulables, mientras que otros regímenes prevén plazos diferentes en función del tipo de operación. Como se ha señalado anteriormente, hay regímenes que prevén dos tipos de plazos: un período de sospecha breve durante el cual se anulan automáticamente ciertos tipos de operaciones (sin la posibilidad de oponer excepciones), y un período más largo durante el cual deben probarse elementos suplementarios. Dado que algunas operaciones suponen una conducta intencionalmente contraria a derecho o equidad, muchos regímenes de la insolvencia no imponen ningún plazo temporal que limite la posibilidad de anular esos tipos de operaciones. En cambio, en otros regímenes se fija un período sumamente largo (de uno a diez años) en que el período de sospecha se calcula generalmente a partir de la fecha de apertura del procedimiento.

335. Cuando una operación tenida por preferente o sin contravalor adecuado se haya concertado con algún acreedor no catalogable como persona “allegada”, el período de sospecha será relativamente breve, tal vez de unos cuantos meses (los ejemplos oscilan entre tres y seis meses). En cambio, cuando se trata de una persona allegada, en muchos países se ha establecido un régimen mucho más estricto y se han fijado períodos de sospecha más largos (que no pocas veces llegan a ser de dos años, en vez de los plazos de tres a seis meses aplicables a las operaciones en que no haya intervenido una persona allegada).

7. Sustanciación de los procedimientos de anulación

a) Partes que pueden iniciar un procedimiento

336. Generalmente, la anulación de una determinada operación requiere que se presente una solicitud al tribunal para que la declare nula, y la cuestión de la parte que puede incoar un procedimiento se regula de diversas maneras según los regímenes. Reconociendo la función primordial que desempeña el representante de la insolvencia en la administración de la masa, muchos regímenes facultan al representante para entablar acciones de anulación de operaciones concretas, aunque

algunos de ellos exigen que los acreedores, o una mayoría de ellos, den su consentimiento al representante de la insolvencia para que se ponga en marcha un procedimiento. Hay también legislaciones que permiten a los acreedores (y, en algunos casos, a los comités de acreedores) solicitar la apertura de procedimientos de anulación, aunque algunos regímenes sólo confieren este poder de iniciativa a los acreedores titulares de créditos anteriores a la operación impugnada. Algunas leyes que permiten a los acreedores solicitar la apertura de tales procedimientos exigen el consentimiento previo del representante de la insolvencia. Si se considera conveniente que los acreedores puedan entablar esas acciones, el requisito del consentimiento del representante de la insolvencia permite a éste mantenerse al corriente de las propuestas de los acreedores y le brinda la oportunidad de denegar su autorización, con lo cual puede evitar toda repercusión negativa que puedan tener los procedimientos de anulación para la administración de la masa.

337. Cuando se requiera el consentimiento del representante y éste no acceda a darlo, algunos regímenes permiten al acreedor o a los acreedores solicitar al tribunal la aprobación de la apertura de procedimientos de anulación. En toda subsiguiente audiencia, el representante tiene derecho a exponer ante el tribunal los motivos por los que desaprueba la apertura de un procedimiento. El tribunal puede entonces autorizar la apertura de un procedimiento de anulación o puede decidir examinar el fondo del caso. Esta alternativa del juez puede reducir la probabilidad de que las diversas partes concierten un arreglo. En algunas de las legislaciones que permiten la apertura de procedimientos de anulación a instancia de los acreedores, se exige a éstos que paguen las costas de toda acción o se prevé la imposición de sanciones a los acreedores para evitar que abusen de su facultad para entablar procedimientos de anulación.

338. Cuando el representante de la insolvencia tenga en exclusiva la facultad para iniciar procedimientos de anulación y, sobre la base de las consideraciones antes analizadas (es decir, por razones que no sean negligencia, mala fe u omisión[67]), el representante de la insolvencia decida no abrir un procedimiento respecto de determinadas operaciones, los regímenes de la insolvencia adoptan diversos enfoques para sustanciar y financiar esos procedimientos. La forma en que pueden financiarse los procedimientos reviste especial importancia cuando la masa de la insolvencia no dispone de bienes suficientes para ello (la cuestión de la financiación se examina más adelante). En cuanto a la sustanciación del procedimiento, algunos regímenes permiten al acreedor o al comité de acreedores requerir al representante de la insolvencia que entable un procedimiento de anulación cuando pueda resultar beneficioso para la masa de la insolvencia, o autorizan al propio acreedor o al comité de acreedores a entablar un procedimiento para anular dichas operaciones cuando estén de acuerdo otros acreedores.

339. Cuando se permite a los acreedores iniciar procedimientos de anulación en las mismas condiciones que el representante de la insolvencia, o porque éste se niega a entablarlos, los regímenes de la insolvencia siguen diferentes criterios respecto de los bienes o del valor recuperados. El criterio más frecuente consiste en considerar que los bienes o el valor recuperados por el acreedor forman parte del patrimonio de la insolvencia, pues se estima que la principal justificación de los procedimientos de

[67] Véase el capítulo III.B, relativo a los derechos y obligaciones del representante de la insolvencia.

anulación es la devolución de valor o de bienes a la masa en beneficio de todos los acreedores, y no para beneficiar a algunos de ellos. Otros regímenes disponen que lo que se obtenga tras el procedimiento puede utilizarse ante todo para satisfacer la reclamación del acreedor que haya entablado el procedimiento, o que puede modificarse el grado de prelación que tenga el crédito de dicho acreedor.

b) Financiación de los procedimientos de anulación

340. En muchos países, el factor más problemático que ha limitado la eficacia de las disposiciones de anulación ha sido la falta de fondos para impugnar operaciones potencialmente anulables. La cuestión de la financiación se ha regulado de distintos modos. Algunos países ofrecen fondos públicos al representante de la insolvencia para que pueda iniciar procedimientos de anulación, mientras que en otros se exige que esas actuaciones se financien con fondos de la masa de la insolvencia. Este último enfoque puede resultar apropiado cuando se disponga de fondos suficientes, pero en algunas circunstancias puede impedir que se recuperen los bienes que fueron enajenados con miras a dejar a la masa sin recursos suficientes para financiar la recuperación de sus bienes mediante procedimientos de anulación. Algunos regímenes de la insolvencia permiten al representante de la insolvencia ceder la capacidad para entablar procedimientos para obtener algún contravalor de un tercero o para recabar fondos de algún prestamista con los que pueda iniciarse el procedimiento de anulación. Las notables diferencias que existen entre los países respecto de la concesión de recursos públicos para financiar esas actuaciones pueden justificar que se recurra a algunos de estos otros mecanismos. Cuando la masa de la insolvencia no disponga de fondos para financiar procedimientos de anulación, esas otras posibilidades pueden ofrecer, en determinadas situaciones, medios eficaces para lograr la restitución de bienes a la masa de la insolvencia, evitar abusos, investigar conductas inequitativas y promover una buena gestión.

c) Plazos para la apertura

341. Algunos regímenes de la insolvencia establecen plazos concretos para iniciar procedimientos de anulación, mientras que otros regímenes no fijan ningún plazo al respecto. Los regímenes que sí especifican plazos prevén, por ejemplo, que el procedimiento se abra en un determinado plazo, a contar a partir de la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia (que puede oscilar entre tres y 12 meses) o, a más tardar, antes de que concluya un determinado período (por ejemplo, de seis meses) después de que el representante de la insolvencia haya podido conocer, evaluar y presentar las reclamaciones. Si un régimen de la insolvencia debe fijar períodos concretos, en vez de hacer aplicables los plazos previstos en el derecho general, sería conveniente combinar distintos plazos, por ejemplo, un período posterior a la apertura y un período a contar a partir del momento en que el representante de la insolvencia descubra una determinada operación. Este enfoque ofrece suficiente flexibilidad para regular las operaciones que se oculten al representante de la insolvencia y que no se descubran hasta después de la expiración del período establecido.

d) Cumplimiento de los criterios de anulación

342. Los regímenes de la insolvencia siguen diversos criterios para establecer los elementos que deberán probarse para que pueda anularse una determinada operación. El criterio adoptado dependerá de la importancia relativa que se dé, por una parte, a la necesidad de anular operaciones inequitativas o económicamente perjudiciales para la masa de la insolvencia y, por otra, a la protección de operaciones comerciales que, fuera del contexto de la insolvencia, no se consideren ilícitas o perjudiciales.

343. En algunos regímenes se exige que sea el deudor el que demuestre que la operación no corresponde a ninguna de las categorías de operaciones anulables. En otros regímenes, corresponde al representante de la insolvencia o a toda otra persona que pueda impugnar la operación, como por ejemplo un acreedor, demostrar que la operación impugnada cumple los requisitos para ser anulada. Cuando entre estos requisitos figure la intencionalidad, será a veces muy difícil demostrarla y, la mayoría de las veces, la parte que tenga la carga de la prueba perderá el caso. A fin de evitar esta situación, algunos regímenes permiten que se invierta la carga de la prueba y se haga recaer en la otra parte cuando, por ejemplo, el representante de la insolvencia tenga dificultad para demostrar que el deudor actuó con la intención de defraudar a los acreedores, sin poder recurrir más que a indicios externos, hechos objetivos u otras pruebas indirectas de esa intención fraudulenta, si bien, desde un punto de vista práctico, el hecho de que el deudor no pueda explicar plausiblemente la finalidad comercial de una determinada operación por la que extrajo valor de la masa puede ser un indicio de que se cumple el requisito de intención de fraude.

344. Otro enfoque consiste en considerar o presumir que ha habido intencionalidad o mala fe cuando se lleven a cabo ciertos tipos de operaciones durante el período de sospecha y sea la otra parte quien tenga que probar que no fue así. Entre estos tipos de operaciones pueden figurar, por ejemplo, las operaciones con personas allegadas, el pago de deudas no vencidas, y el pago de operaciones gratuitas u onerosas. Otro enfoque consiste en disponer que cuando se realice un determinado tipo de operación durante el período de sospecha y esta operación tenga un determinado efecto, como el de otorgar una preferencia, existirá una presunción rebatible sobre la intención de conceder preferencia. A menos que el acreedor pueda rebatir la presunción, la operación quedará anulada y el representante de la insolvencia podrá recuperar los bienes que hayan sido objeto de la operación u obtener el derecho a percibir el valor de dichos bienes.

345. Cuando el hecho de que la otra parte haya tenido conocimiento de la insolvencia del deudor sea un requisito para la anulación de una operación, algunos regímenes de la insolvencia prevén la presunción de que la otra parte tenía conocimiento de la delicada situación financiera del deudor si la operación concertada con esa persona revestía características especiales, como el pago de una deuda no vencida o el pago en condiciones inhabituales, o si la operación se llevó a cabo durante un breve período previo a la solicitud de apertura o antes de la apertura.

346. Sea cual sea el enfoque adoptado por el régimen de la insolvencia para determinar los criterios de anulación, es muy importante que la ley especifique con precisión qué elementos de esos criterios habrá que probar y cuál de las partes deberá hacerlo, a fin de que estén claros los requisitos que deberá cumplir el

representante de la insolvencia para solicitar la anulación de una determinada operación y los que deberá cumplir la otra parte para defender la operación impugnada y evitar su anulación.

8. Responsabilidad de las otras partes en operaciones anuladas

347 Cuando se anula una operación, se plantea la cuestión del efecto que tiene dicha anulación para la otra parte. En la mayoría de los regímenes de la insolvencia, el resultado de la anulación de una operación consistirá por lo general en que se restablezca la situación anterior, por lo que la otra parte deberá devolver los bienes obtenidos o efectuar un pago al patrimonio de la insolvencia equivalente al valor de la operación. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que el tribunal puede reconocer al representante de la insolvencia el valor de los bienes afectados. Algunos regímenes de la insolvencia disponen asimismo que la otra parte que haya devuelto bienes o haya pagado su valor equivalente a la masa puede presentar una reclamación como acreedor no garantizado por un importe equivalente al valor de los bienes devueltos, en el caso de una operación preferente, o por el importe de la contraprestación abonada en el caso de una operación infravalorada. Cuando la otra parte no devuelva los bienes ni pague su valor al patrimonio de la insolvencia, la otra parte deberá recurrir a otras leyes al margen del régimen de la insolvencia, pero algunos regímenes prevén que, en el marco de la insolvencia, no se admitirá, además de la demanda de anulación, ninguna reclamación de la otra parte (en concepto de las cantidades adeudadas además de las afectadas por la operación anulable).

9. Conversión de un procedimiento de reorganización en liquidación

348. Cuando un procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, convendrá tal vez tener presente la forma en que el cambio de procedimiento repercutirá en el ejercicio de los poderes de anulación respecto de los pagos efectuados durante el procedimiento de reorganización y respecto del período de sospecha establecido.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones en materia de impugnación tienen por objeto:

a) reconstituir la integridad de la masa y asegurar el trato equitativo de los acreedores;

b) dar certeza a todo tercero interesado definiendo reglas claras para supuestos en los que una operación efectuada antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, en la que haya intervenido el deudor o que haya afectado a sus bienes, pueda ser considerada perjudicial y sea por tanto impugnable y anulable;

c) hacer posible la apertura de un procedimiento para anular toda operación de esa índole;

d) facilitar la recuperación de dinero o de bienes en poder de personas que hayan participado en alguna operación anulada.

Contenido de las disposiciones legales

Operaciones anulables

73) El régimen de la insolvencia debería establecer disposiciones de efecto retroactivo, concebidas para revocar toda operación[68] de la que hayan sido objeto bienes del deudor o de la masa y que haya mermado el valor de la masa o violado el principio del trato equitativo de los acreedores. El régimen de la insolvencia debería especificar que serán anulables los siguientes tipos de operaciones:

a) toda operación por la que se trate de impedir, demorar u obstaculizar el cobro de los respectivos créditos de los acreedores, cuando la operación tenga por objeto poner ciertos bienes fuera del alcance de un acreedor actual o potencial o perjudicar de algún otro modo los intereses de ese acreedor y la otra parte conozca o debería haber conocido la intención del deudor;

b) toda operación por la que el deudor transmita un derecho real sobre sus bienes o asuma una obligación por un contravalor nominal, inferior o insuficiente que se haya realizado siendo el deudor ya insolvente o a raíz de la cual el deudor pasó a ser insolvente (operaciones infravaloradas); y

c) toda operación efectuada con acreedores por la que algún acreedor obtenga un porcentaje de los bienes del deudor superior a su cuota de la masa prorrateada o perciba beneficios de dicho porcentaje y que se efectúe siendo ya el deudor insolvente (operaciones preferentes).

Garantías reales

74) El régimen de la insolvencia debería especificar que:

a) cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de otra regla de derecho en los procedimientos de insolvencia deberá reconocerse dicha eficacia o ejecutabilidad;

b) aun cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de alguna otra regla de derecho, podrá ser impugnable y anulable conforme a la ley por los mismos motivos que otras operaciones.

Determinación del período de sospecha

75) El régimen de la insolvencia debería especificar que las operaciones descritas en la recomendación 73) a) a c) serán anulables si se han realizado durante cierto período (el período de sospecha) calculado retroactivamente a partir de una fecha especificada, que podrá ser la de la solicitud de un procedimiento de insolvencia o de la apertura de dicho procedimiento. La ley podrá fijar distintos períodos de sospecha en función de los tipos de operaciones de que se trate.

---

[68] En esta sección, el término "operación" se entiende referido en general a una amplia gama de actos jurídicos mediante los cuales cabe disponer de bienes o contraer obligaciones mediante transmisión, un pago, la constitución de una garantía real o de otro tipo, un préstamo o algún acto de renuncia [o una acción encaminada a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros], y puede consistir en una combinación de operaciones.

Operaciones con personas allegadas

76) En relación con las operaciones anulables que se hayan concertado con personas allegadas, la ley podrá:

a) disponer que el período de sospecha para esas operaciones sea más largo que para las operaciones con personas no allegadas;

b) establecer alguna presunción [probatoria] [rebatible] para facilitar los procedimientos de anulación; y

c) permitir la inversión de la carga de la prueba para facilitar los procedimientos de anulación.

77) El régimen de la insolvencia debería especificar las categorías de personas cuyos vínculos con el deudor se considerarán suficientes para tratarlos como personas allegadas[69].

Operaciones no anulables

78) En la ley deberían especificarse las operaciones no anulables, incluidos los contratos financieros.

Sustanciación de los procedimientos de anulación

79) El régimen de la insolvencia debería especificar que:

a) el representante de la insolvencia tendrá la principal responsabilidad para iniciar procedimientos de anulación[70];

b) cualquier acreedor podrá iniciar procedimientos de anulación con el acuerdo del representante de la insolvencia;

c) si el representante de la insolvencia no diera su acuerdo, el acreedor podrá solicitar la venia del tribunal.

- *Financiación de procedimientos de anulación*

80) La ley podrá prever otras formas de abordar el problema de la financiación de procedimientos de anulación cuando el representante de la insolvencia decida no entablar una acción de anulación de determinadas operaciones si, por ejemplo, considera, tras una evaluación, que es improbable que las operaciones sean anuladas o bien que la acción impondrá a la masa de la insolvencia gastos excesivos[71].

---

[69] En el glosario se define el concepto de "persona allegada".

[70] También pueden plantearse problemas para anular operaciones en procedimientos iniciados a instancia de una persona que no sea el representante de la insolvencia, cuando éste invoque la posibilidad de anular una operación como excepción frente a la ejecución.

[71] En esta evaluación, el representante de la insolvencia trata de calcular los posibles costos y beneficios de una acción de anulación y, según una regla implícita, si los costos del procedimiento pueden ser superiores a los beneficios reportados a la masa, el representante optará por no entablar el procedimiento.

- Plazos para la apertura de procedimientos de anulación

81) La ley o el derecho procesal aplicable deberían especificar el plazo en el que podrá abrirse un procedimiento de anulación. Este período debería empezar a contar a partir de la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia. [Con respecto a las operaciones mencionadas en la recomendación 73] a], es decir, los que se hayan ocultado y sean difíciles de descubrir para el representante de la insolvencia, la ley podrá establecer que el período empiece a correr a partir del momento en que sean descubiertos.]

Elementos para la anulación y excepciones oponibles

82) El régimen de la insolvencia debería especificar los elementos que habrán de probarse a fin de anular una determinada operación, la parte que deberá probar dichos elementos y las posibles excepciones que podrán oponerse a tal anulación. Como excepción cabrá alegar, entre otras cosas, que la operación se llevó a cabo en el curso ordinario de los negocios antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, o que se concertó durante un procedimiento de reorganización que posteriormente pasó a ser de liquidación.

Responsabilidad de las otras partes en operaciones anuladas

83) El régimen de la insolvencia debería especificar que la otra parte en una operación que haya sido anulada estará obligada a restituir a la masa de la insolvencia los bienes obtenidos o, si lo ordena el Tribunal, pagar en efectivo a la masa el valor correspondiente a la operación. [El tribunal debería determinar si la otra parte en una operación anulada tendría un crédito ordinario no garantizado.]

84) La ley podrá especificar que cuando la otra parte incumpla la orden judicial de anulación de la operación, además de la anulación en sí y de cualquier otra medida judicial, la otra parte podrá ver denegada cualquier reclamación que presente.

G. Derechos de compensación

349. La ejecutabilidad, en el marco de un régimen de insolvencia, de los derechos de compensación respecto de las obligaciones recíprocas nacidas de operaciones o actividades realizadas por el deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia es importante no sólo para la previsibilidad comercial y la disponibilidad de crédito financiero, sino también para evitar estrategias de recurso abusivo al procedimiento de insolvencia. Por ello, es sumamente conveniente que un régimen de la insolvencia ampare tales derechos de compensación.

350. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, los derechos de compensación no se ven afectados por la paralización subsiguiente a la apertura de un procedimiento de insolvencia y podrán ser ejercidos tras la apertura de dicho procedimiento, independientemente de que las obligaciones recíprocas hayan nacido de un único contrato o de varios contratos y sin importar si tales obligaciones vencieron antes o hayan de vencer después de la apertura de un procedimiento de insolvencia. En algunos ordenamientos se hace la siguiente distinción: se permite la compensación, posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia, de las obligaciones que hayan vencido antes de la apertura del mismo, pero se limita o no

se permite la compensación, posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia, de las obligaciones que venzan después de su apertura.

351. En otro enfoque se preservan los derechos de compensación independientemente de si las obligaciones recíprocas vencieron antes o después de la apertura del procedimiento de insolvencia, pero se paraliza el ejercicio de esos derechos en la misma medida que tal paralización sea aplicable al ejercicio de los derechos de los acreedores garantizados. En los sistemas que adoptan este otro enfoque, el acreedor es equiparado a un acreedor garantizado en lo que respecta a sus propios derechos de compensación válidos pero que aún no ha ejercido, y tales derechos están amparados de una manera similar a la protección otorgada a las garantías reales[72].

352. En casi todos los regímenes de la insolvencia figuran disposiciones que facultan al representante de la insolvencia para impugnar ciertos actos realizados por los acreedores antes de la apertura del procedimiento con miras a incrementar sus derechos de compensación (como la compra de créditos con descuento para así acumular derechos de compensación). La naturaleza y el alcance de tales disposiciones no es siempre la misma.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones aplicables en materia de compensación tienen por objeto:

a) Enunciar con certeza las consecuencias que tendrá la apertura de un procedimiento de insolvencia para el ejercicio de los derechos de compensación;

b) Especificar los tipos de obligaciones que podrán ser objeto de compensación una vez iniciado un procedimiento de insolvencia;

c) Especificar los efectos que tendrán para el ejercicio de los derechos de compensación otras disposiciones del régimen de la insolvencia (por ejemplo, las que rigen la anulación de ciertas operaciones y la paralización de las actuaciones judiciales).

Contenido de las disposiciones legales

85) El régimen de la insolvencia debería amparar todo derecho general de compensación derivado del derecho común que haya nacido antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, a reserva de lo que prevean las disposiciones que rijan la anulación de ciertas operaciones.

H. Contratos financieros y compensación global por saldos netos

353. Los contratos financieros han pasado a ser un componente importante de los mercados de capital internacionales. Entre otras ventajas, esos contratos aumentan la oferta de crédito y constituyen una importante cobertura frente al riesgo inherente a las fluctuaciones de los tipos de cambio, de los tipos de interés y de otras variables

[72] Véase el capítulo II.B.8.

del mercado financiero. Habida cuenta de la forma en que se estructuran y documentan esas operaciones, es imprescindible regular con certeza las consecuencias que tendrá el incumplimiento por una de las partes de las obligaciones que le imponga un contrato financiero, particularmente en caso de insolvencia.

354. Los contratos financieros incluyen, entre otros, los contratos bursátiles, los contratos de productos básicos, así como las operaciones a plazo y las denominadas opciones, las permutas financieras, los acuerdos de recompra de valores, los acuerdos marco de compensación por saldos netos y otros contratos similares. A menudo los deudores celebran varios contratos con una misma entidad financiera en el curso de una única operación, por lo que aumentará la oferta de crédito si los derechos nacidos de tales contratos son plenamente ejecutables a tenor de sus cláusulas, permitiendo así a la entidad financiera otorgar crédito de vez en cuando, en función de su riesgo neto a la luz del valor de todos los contratos "en curso".

355. Al decretarse la apertura de un procedimiento de insolvencia, toda parte financiera intentará cerrar sus posiciones abiertas y "compensar en forma global por saldos netos" todas las obligaciones nacidas de sus contratos financieros con el deudor. La "compensación de clausura" consta de dos etapas: en primer lugar, se dan por extinguidos todos los contratos en curso a raíz de la apertura del procedimiento de insolvencia (etapa de clausura); en segundo lugar, se procede a la compensación globalizada de todas las obligaciones nacidas de las operaciones clausuradas (etapa de compensación global por saldos netos).

356. Permitir que se proceda a una "compensación de clausura por saldos netos" a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia es un factor importante para atenuar los riesgos sistémicos que podría correr la estabilidad de los mercados financieros. El valor o el riesgo inherente a un contrato financiero puede variar notablemente de un día a otro (y a veces en cuestión de horas) según las condiciones de los mercados financieros. Por consiguiente, el valor de estos contratos puede ser sumamente volátil. Las partes financieras suelen atenuar o protegerse de los riesgos inherentes a esos contratos celebrando uno o varios contratos de "contrapartida o compensación" o de "cobertura de riesgos" con terceros, cuyo valor fluctúa en función inversa al valor del contrato celebrado con el deudor[73].

357. Independientemente de si el deudor cumple o no el contrato celebrado con la otra parte, ésta deberá cumplir el contrato de cobertura de riegos que concierte con terceros. Si el deudor se declara insolvente y no puede cumplir su contrato con la otra parte, ésta se verá expuesta a los riesgos de la volatilidad del mercado financiero, puesto que sus posiciones de cobertura ya no estarán respaldadas por su contrato con el deudor. En previsión de tales supuestos, la otra parte suele intentar proteger esos contratos de cobertura, celebrando uno o varios contratos nuevos que limiten su riesgo frente a toda nueva fluctuación del mercado. Sin embargo, la otra parte no podrá cubrirse de este modo, en tanto no determine con certeza que no deberá seguir cumpliendo su contrato con el deudor. La otra parte contará, para ello, con poder "clausurar" el contrato celebrado con el deudor, lo que le permitirá protegerse sin demora tras la apertura del procedimiento de insolvencia.

[73] En la presente sección, el término "contrato" puede referirse a uno o varios contratos.

358. Si no puede procederse sin demora a clausurar, a compensar simplemente ni a compensar globalmente por saldos netos, del modo descrito más arriba, las obligaciones nacidas de los contratos financieros incumplidos al decretarse la apertura de un procedimiento de insolvencia, el incumplimiento contractual del deudor (o su decisión de cumplir sólo los contratos que le reporten beneficios dejando incumplidos los que no le sean rentables) podría dar lugar a que la otra parte no pudiera cumplir sus contratos financieros conexos, celebrados con otros participantes en el mercado financiero. Si uno de esos participantes en el mercado, que figurara entre los más importantes, resultara insolvente, podría producirse un incumplimiento en cadena de una serie de operaciones de respaldo mutuo, que podría poner en dificultades financieras a otros participantes en el mercado y, en el peor de los casos, arrastrar en su caída a otras entidades, e incluso a instituciones financieras reguladas. A menudo se denomina a este efecto dominó "riesgo sistémico", y se considera un importante motivo de política financiera que justifica que se permita a los participantes clausurar y compensar sus obligaciones simplemente, o globalmente por saldos netos, de un modo en que no lo permitiría un régimen de la insolvencia.

359. Toda inquietud respecto del carácter definitivo o firme de los pagos y liquidaciones de los contratos financieros que se tramitan a través de un sistema centralizado de liquidación y pagos puede suscitar también riesgos sistémicos. Estos sistemas dependen, para su funcionamiento, de acuerdos de compensación global por saldos netos tanto bilaterales como multilaterales. A fin de evitar riesgos sistémicos, al abrirse un procedimiento de insolvencia contra uno de los participantes en esos sistemas deberá reconocerse y ampararse la compensación global por saldos netos de los contratos financieros gestionados a través de tales sistemas, así como el carácter firme o definitivo de toda compensación o liquidación efectuada en dicho marco.

360. En muchos países, el propio régimen general de la insolvencia permitirá que todo contrato financiero se rija por sus propias cláusulas al abrirse un procedimiento de insolvencia, aplicando las cláusulas de extinción de contratos en caso de insolvencia (véanse el capítulo II.E.2 y las recomendaciones 56) y 57)) y autorizando la compensación de obligaciones, tanto si la acción por incumplimiento se basa en una cláusula de extinción automática del contrato como si es anterior a la apertura del procedimiento. Los países cuyo régimen de la insolvencia limite el efecto de las cláusulas de extinción automática o paralice o restrinja el ejercicio de los derechos de compensación o de otros recursos por parte de los acreedores, deberán prever alguna excepción expresa que declare plenamente ejecutables esas cláusulas y derechos respecto de los contratos financieros. También es conveniente que esas excepciones se hagan igualmente extensivas a las disposiciones de impugnación y anulación que puedan ser aplicables a los contratos financieros, así como a las restricciones que limiten la posibilidad de que un bien constituido en garantía pueda destinarse al pago de la deuda restante de los contratos financieros que quede pendiente una vez ejercidos los derechos de compensación.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre compensación global por saldos netos y derechos de compensación en el contexto de las operaciones financieras tienen por objeto reducir la probabilidad de que se produzcan riesgos sistémicos que puedan amenazar la estabilidad de los mercados financieros, enunciando con certeza respecto los derechos de las partes en un contrato financiero cuando una de ellas incumpla sus obligaciones por motivos de insolvencia.

Contenido de las disposiciones legales

86) El régimen de la insolvencia debería reconocer todo derecho de extinción estipulado en los contratos financieros que permita proceder sin demora, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, a la resolución de tales contratos y a la compensación simple y a la compensación global por saldos netos de las obligaciones pendientes que se deriven de dichos contratos. El régimen de la insolvencia debería exceptuar los contratos financieros de las disposiciones por las que se paralice la extinción de contratos o por los que se limite la posibilidad de aplicar las cláusulas de extinción automática a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia[74].

87) Una vez que la otra parte haya clausurado los contratos financieros del deudor, el régimen de la insolvencia debería permitir que esa otra parte compensara globalmente por saldos netos o ejerciera todo otro derecho de compensación respecto de las obligaciones nacidas de los contratos extinguidos, para determinar así su posición neta de riesgo frente al deudor. Esta clausura contractual y esta compensación financiera, encaminadas a determinar el riesgo neto, deberían permitirse con independencia de si la extinción de los contratos se produce antes o después de la apertura del procedimiento de insolvencia. Si la ley restringe o paraliza el ejercicio de los derechos de compensación a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia, los derechos de compensación y la compensación global por saldos netos de los contratos financieros deben quedar exentos de esas limitaciones.

88) Una vez clausurados los contratos financieros del deudor, se debe permitir que toda parte financiera haga efectivas sus garantías reales, destinando su producto a la satisfacción de las obligaciones dimanantes de los contratos financieros. Los contratos financieros deben quedar exentos de toda paralización impuesta por el régimen de la insolvencia a la ejecución de una garantía real.

89) El régimen de la insolvencia debería especificar que no estarán sujetas a anulación las transferencias usuales previas a la apertura del procedimiento de insolvencia que sean conformes a la práctica imperante en el mercado, como la

[74] Ello permitirá que los participantes en el mercado puedan otorgar crédito en función de sus "posiciones netas" y evitará además que el deudor opte por cumplir sólo unos contratos, dejando otros incumplidos, lo cual reviste una particular importancia para los contratos financieros, habida cuenta del riesgo sistémico mencionado.

constitución de un margen de cobertura respecto de los contratos financieros[75] y las transferencias para liquidar las obligaciones nacidas de un contrato financiero[76].

90) El régimen de la insolvencia debería reconocer y amparar el carácter definitivo y firme de las compensaciones globales por saldos netos, de las liquidaciones y de otros pagos de contratos financieros efectuados a través de sistemas de pago y liquidación, en caso de insolvencia de un participante en el sistema.

91) Las recomendaciones 86) a 90) deben ser tenidas por aplicables a toda operación que se considere un "contrato financiero", independientemente de que una de las partes sea o no una institución financiera[77].

92) Los contratos financieros deben definirse en términos amplios que engloben los diversos tipos de contratos financieros existentes y permitan dar cabida a todo nuevo tipo de contrato financiero. [Estas recomendaciones no tienen la finalidad de ser aplicables a operaciones que no sean contratos financieros, que seguirán estando sujetos al derecho general que rige la compensación financiera y la compensación global por saldos netos.]

III. Participantes

A. El deudor[78]

1. Introducción

361. El régimen de la insolvencia sigue diversos criterios respecto de la función que cabe atribuir al deudor en el procedimiento de insolvencia tras su apertura, y establece habitualmente una distinción según que el procedimiento sea de liquidación o de reorganización. Cuando deba mantenerse la empresa en funcionamiento (ya sea para su reorganización, o en caso de liquidación, para su

[75] El denominado margen de cobertura consiste en consignar fondos en efectivo o valores bursátiles adicionales como garantía para las operaciones en curso según una fórmula contractual calculada en función de las fluctuaciones del valor de mercado del contrato y de la garantía real otorgada. Por ejemplo, en una permuta financiera, se tendría que constituir un margen del 105% para mantener el valor del contrato en caso de extinción. Si la posición de resguardo cae al 100%, habría que constituir cierto margen adicional.

[76] En algunas circunstancias, un pago de liquidación podría ser considerado preferente. En el ejemplo de la permuta financiera, los pagos de liquidación deben realizarse mensualmente o al extinguirse el contrato sobre la base del valor que tenga el contrato en el mercado. Tales pagos no constituyen transferencias de valor por valor, sino el pago de una obligación vencida de deudas acumuladas. En los países cuya legislación prevé el mismo período de sospecha para todas las operaciones anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia, ese pago también podría ser objeto de impugnación.

[77] Incluso si en un contrato financiero no interviene una institución financiera, el impacto de la insolvencia de una parte en el contrato podría entrañar un riesgo sistémico.

[78] Dado que el régimen de la insolvencia será aplicable a diversos tipos de negocios, ya sean comerciantes individuales, sociedades colectivas o alguna modalidad de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, el supuesto de un funcionamiento ininterrumpido del negocio del deudor suscita cuestiones respecto de la función que cabe encomendar al personal gerente o a los propietarios de la empresa deudora en las circunstancias del caso. La Guía se refiere, para mayor sencillez, únicamente al "deudor" en supuestos en los que hubiera sido más procedente hablar del personal directivo o de los propietarios de la empresa deudora.

venta como negocio en marcha) suele ser más necesario que el deudor intervenga de alguna forma en su gestión. El deudor deberá asimismo ayudar al representante de la insolvencia en el ejercicio de las funciones que le correspondan y deberá facilitar información sobre el negocio al tribunal o al representante de la insolvencia. Además de sus obligaciones, el deudor retendrá algunos derechos en relación con el procedimiento, tales como el derecho a ser oído durante el procedimiento, a tener acceso a información y a conservar ciertos efectos personales. A fin de asegurar la buena marcha del procedimiento y de que todas las partes sepan a qué atenerse, es conveniente que el régimen de la insolvencia defina claramente el alcance de los derechos y de las obligaciones del deudor.

2. Mantenimiento de la continuidad de los negocios del deudor y función del deudor

a) Liquidación

362. Una vez iniciado el procedimiento de liquidación la conservación de la masa o patrimonio del deudor requerirá la adopción de medidas de alcance muy general para proteger la masa no sólo de toda acción de los acreedores (véase el capítulo II.B), sino también de las del propio deudor. Por esta razón, muchos regímenes de la insolvencia privan al deudor de todo derecho a controlar los bienes y a administrar y explotar el negocio en caso de liquidación, y nombran un representante de la insolvencia para que asuma las funciones de las que se haya desposeído al deudor. Además de la facultad para utilizar los bienes y disponer de ellos, el representante puede también tener derecho a presentar y defender acciones judiciales en nombre de la masa y a cobrar todo pago destinado al deudor. Tras la apertura de un procedimiento de liquidación, toda operación realizada con los bienes de la masa, incluida la transmisión de esos bienes, que no haya sido autorizada por el representante de la insolvencia, por el tribunal o por los acreedores (según lo que disponga el régimen de insolvencia) será nula (o, en algunos regímenes, sujeta a anulación), y todo bien que se haya transferido (o su valor) será recuperable en provecho de la masa (ver el capítulo II. E.7, II.E.7 y II.F.8).

363. En los casos en que se determine que el medio más eficaz para liquidar la masa consista en venderla como negocio en marcha, algunos regímenes disponen que el representante de la insolvencia deberá supervisar y controlar globalmente el negocio, pero dejando margen al deudor para que pueda incrementar el valor de la masa y facilitar la venta de los bienes. En esos regímenes se permite así mantener al deudor en funciones y asesorar al representante de la insolvencia. Esta posibilidad se justifica por el conocimiento detallado que tiene el deudor de su negocio y del mercado o ramo comercial pertinente y por la relación continua que mantiene con los acreedores, proveedores y clientes.

b) Reorganización

364. En casos de reorganización, no existe ningún criterio universalmente aceptado sobre si se debe privar o no al deudor del control de la empresa y, en casos en que se le prive en parte de ese control, sobre qué funciones podrá desempeñar y el modo en que esas funciones se compaginarán con las de otros participantes. Esa continuidad en ciertas funciones puede depender en gran medida de que el deudor actúe de buena fe durante el proceso de reorganización; de no obrar así, esa continuidad será de dudosa utilidad. También podrá depender de la existencia de un régimen de

gestión fuerte e independiente que permita hacer frente a la incompetencia o las conductas dirigidas a satisfacer intereses personales. A veces las ventajas de mantener al deudor en funciones podrán también depender de que el procedimiento se haya iniciado a petición del deudor o a instancia de acreedores. En este último caso cabe que el deudor se muestre poco cooperativo o incluso hostil hasta el punto de que resulte inútil dejar que siga participando en la gestión de la empresa. La decisión sobre el criterio óptimo podrá depender de una serie de factores, como los usos empresariales del país; el papel de los bancos; la existencia de regímenes eficaces de gestión empresarial; la eficacia de las entidades encargadas de la insolvencia; el grado de supervisión que los tribunales ejerzan o requieran; la eficacia del sistema judicial y la facilidad de acceso a los tribunales; y el grado en que los incentivos para iniciar procedimientos de insolvencia sean considerados de importancia decisiva para la concepción de toda insolvencia.

i) Ventajas e inconvenientes de que el deudor siga en funciones

365. El mantenimiento del deudor en funciones puede suponer ciertas ventajas. En muchos casos, el deudor dispondrá de un conocimiento directo y personal de su negocio y del ramo comercial al que pertenezca su empresa. Este conocimiento puede ser particularmente importante en negocios individuales o en sociedades formadas por pocos socios donde tal vez proceda, en aras de la continuidad comercial, que el deudor siga ejerciendo alguna función en la adopción de decisiones de alcance temporal limitado y propias del curso ordinario de los negocios. Puede también ayudar al representante de la insolvencia a desempeñar sus funciones con un conocimiento más cabal y directo del negocio del deudor. Por razones similares, el deudor suele estar en buenas condiciones para proponer un plan de reorganización. De ser éste el caso, tal vez no sea conveniente desplazar totalmente al deudor, aunque haya tenido cierta parte de responsabilidad en las dificultades financieras del negocio, pues ese desplazamiento no sólo restaría incentivos a la actividad empresarial de los deudores y les haría más reacios a correr riesgos en general y a solicitar con anticipación procedimientos de reorganización, sino que además minaría las posibilidades de éxito de la reorganización.

366. La conveniencia de que el deudor siga ejerciendo ciertas funciones ha de ser sopesada teniendo en cuenta algunas posibles desventajas. Los acreedores pueden haber perdido confianza en el deudor a raíz de las dificultades financieras de la empresa (y de la eventual responsabilidad del deudor al respecto), por lo que habrá que restablecer esa confianza para que la reorganización pueda dar resultado. Permitir que el deudor siga dirigiendo el negocio sin someterlo a un control adecuado no sólo agravará esa pérdida de confianza, sino que tal vez antagonice aún más a los acreedores. Un factor que podrá influir en la opinión de los acreedores sobre esta opción es la eficacia que muestren los regímenes de gestión empresarial y la manera en la que el deudor los cumpla. De no existir un régimen de gestión eficaz, los acreedores preferirán que se nombre un representante de la insolvencia que pase a ejercer las funciones del deudor o que disponga de amplios poderes de supervisión.

367. Si el régimen se considera excesivamente favorable al deudor, los acreedores serán renuentes y no estarán dispuestos a participar en un procedimiento, por lo que pueden surgir problemas a la hora de supervisar la gestión de la empresa, cuando la ley confiera a los acreedores esa función. También se fomentarían los antagonismos

en el procedimiento, que ocasionarían a su vez mayores demoras y costas procesales. El deudor puede tener un plan de gestión que no se ajuste a los objetivos del régimen de la insolvencia, concretamente al de maximizar los ingresos en beneficio de los acreedores. Tal vez su objetivo primordial sea mantener el control del negocio, y no obtener el máximo valor que permita a los acreedores cobrar sus créditos. Además, el éxito de la reorganización tal vez dependa no sólo de algún cambio de gestión que el deudor no esté dispuesto a efectuar, sino de que el deudor tenga los conocimientos prácticos y teóricos necesarios para utilizar el régimen de la insolvencia de modo que le ayude a resolver sus dificultades financieras. Un factor conexo que habrá de tenerse en cuenta es si el procedimiento ha sido iniciado a petición del propio deudor o a instancia de los acreedores (ya que en este último supuesto el deudor adoptaría una actitud hostil frente a sus acreedores).

368. Cierto número de regímenes de la insolvencia hacen una distinción, respecto de la función asignable al deudor, entre el período que transcurre entre la apertura del procedimiento de insolvencia y la aprobación de un plan de reorganización, por una parte, y el período posterior a la aprobación de dicho plan, por otra. Esos regímenes han previsto, para el primer período, ciertas reglas que definen específicamente las facultades del deudor para dirigir y controlar la marcha diaria del negocio y que prevén el nombramiento de un representante independiente de la insolvencia. Una vez aprobado el plan, dejarán de aplicarse las limitaciones del control y de la gestión del negocio por parte del deudor y éste pasará a ser responsable de la ejecución del plan aprobado.

369. Los regímenes de la insolvencia prevén diversas soluciones para compaginar esas consideraciones conflictivas que se dan en los procedimientos de reorganización: desde privar al deudor del control de la empresa, sustituyéndolo por un representante de la insolvencia, hasta permitir que el deudor siga controlando su negocio con un mínimo de supervisión. Otras soluciones intermedias prevén que el representante de la insolvencia ejerza cierto grado de supervisión y, al mismo tiempo, que los directivos de la empresa sigan en funciones. La elección de alguna de estas diversas opciones repercutirá en la estructura del régimen de la insolvencia y especialmente en el equilibrio que debe mantenerse entre los diversos participantes y en el modo en que se mantendrá y contrarrestará ese equilibrio, entre las funciones asignadas que haya previsto el tribunal o los acreedores.

ii) Posibles modos de mantener al deudor en funciones

- Deposición total del deudor

370. Esta solución consiste en seguir el régimen propio de la liquidación, privando al deudor de todo control sobre el negocio y nombrando un representante de la insolvencia que asuma todas las funciones del deudor en la gestión de la empresa. Ahora bien, como ya se observó, la deposición total del deudor puede perturbar los negocios y mermar la capacidad de la empresa para salir adelante en un momento crítico para su supervivencia.

- Supervisión del deudor por el representante de la insolvencia

371. En ciertos enfoques intermedios se prevén diversos grados de control del deudor por el representante de la insolvencia. Lo más usual es que el representante de la insolvencia deba ejercer cierta supervisión global de las actividades del

deudor, que habrá de recabar su aprobación para toda operación importante, mientras que el deudor dirigirá la marcha diaria del negocio y adoptará toda decisión requerida al respecto. Esta solución tal vez deba reforzarse mediante un régimen relativamente estricto que delimite claramente las responsabilidades del representante de la insolvencia y del deudor, y que enuncie con certeza el modo en que discurrirá el procedimiento de reorganización. Por ejemplo, algunos regímenes de la insolvencia especifican que determinadas operaciones, como todo nuevo endeudamiento, la enajenación o pignoración de bienes y la creación de algún derecho de usufructo o utilización sobre bienes de la masa, sólo podrán hacerse sin el consentimiento previo del representante de la insolvencia o del tribunal competente, si se efectúan en el curso ordinario de los negocios. En otras circunstancias, el deudor deberá recabar dicho consentimiento. La supervisión de los movimientos de caja de la empresa deudora puede ser un medio suplementario para controlar al deudor y sus operaciones.

372. Si el deudor incumple alguna de estas restricciones y concierta contratos sin antes solicitar el consentimiento requerido, el régimen de la insolvencia podrá tener que regular la validez de esas operaciones y prever la imposición de sanciones al deudor por tal incumplimiento. En un régimen de la insolvencia se dispone, por ejemplo, que en tales circunstancias el tribunal podrá clausurar definitivamente el procedimiento de insolvencia. Ahora bien, la idoneidad de esta solución depende no sólo de si el procedimiento se abrió a instancia del deudor o de los acreedores (el deudor no debería tener la capacidad de hacer fracasar un procedimiento iniciado a petición de los acreedores incumpliendo las disposiciones del régimen de la insolvencia o desacatando resoluciones judiciales), sino también de que sea la vía óptima para proteger los intereses de todas las partes interesadas, así como de que el régimen de la insolvencia prevea otros mecanismos para regular ese tipo de conducta del deudor (que incluyan la posibilidad de transformar el procedimiento de reorganización en liquidación).

373. Los regímenes de la insolvencia que enumeran las operaciones que requieran consentimiento suelen delimitar con cierta claridad la responsabilidad del deudor, la del representante de la insolvencia y la del tribunal. En algunos de ellos se faculta asimismo al representante de la insolvencia para asumir un mayor control de la masa de la insolvencia y de la gestión de la marcha diaria del negocio si lo juzga necesario para salvaguardar los intereses de la masa, por ejemplo, cuando existan pruebas de actuación financiera irresponsable del deudor o de mala gestión o malversación de fondos. En un caso así, tal vez convenga permitir que el foro competente deponga al deudor, para lo que podrá obrar de oficio o a instancia del representante de la insolvencia, y tal vez a petición de los acreedores o del comité de acreedores.

374. Tal vez se encomiende a los acreedores la función de supervisar la gestión del deudor y de cerciorarse de que esa gestión se hace como es debido. Si se confiere esa función a los acreedores, tal vez convenga prever ciertas salvaguardias para evitar que los acreedores traten de hacer fracasar el procedimiento de reorganización o de imponer sus criterios cuando no les corresponda. Para ello, cabría exigir, por ejemplo, el voto favorable de una determinada mayoría de los acreedores para deponer al deudor o para incrementar la función supervisora del representante de la insolvencia.

375. Un método muy distinto para demarcar las facultades del deudor y del representante de la insolvencia consiste en que el régimen de la insolvencia no especifique qué operaciones podrá efectuar el deudor, sino que permita al tribunal o al representante de la insolvencia determinar los actos jurídicos autorizados y los actos del deudor que requerirán aprobación. Al tiempo que deja cierto grado de flexibilidad, este método tal vez resulte disuasorio para los deudores que se planteen poner en marcha un procedimiento de insolvencia, ya que no estarán seguros sobre el modo en que la apertura del procedimiento repercutirá en la gestión y en el control de sus negocios.

- Retención plena del control por el deudor

376. Otro enfoque posible de esta cuestión es dejar que el deudor retenga pleno control sobre la marcha del negocio, absteniéndose el tribunal de nombrar un representante independiente al abrirse el procedimiento (situación conocida a veces como la del "deudor en posesión del negocio"). Este método tiene la ventaja de mejorar las probabilidades de éxito de la reorganización si se puede confiar en que el deudor seguirá llevando el negocio con honradez y se ganará la confianza y la cooperación de los acreedores.

377. No obstante, este método puede ser desventajoso cuando sea muy improbable que la reorganización prospere; cuando sirva únicamente para demorar lo inevitable con el resultado de que se seguirán dispersando los bienes; cuando exista el riesgo de que el deudor actúe de modo irresponsable o incluso fraudulento durante el período en el que retenga el control de la empresa, comprometiendo el éxito de la reorganización y defraudando la confianza depositada en el deudor por los acreedores; y cuando exista la posibilidad de que el proceso ofrezca ventajas competitivas a las empresas que atraviesen dificultades si consiguen obtener fondos a bajo costo, bajos intereses y otras ventajas que puedan reducir sus costos a un nivel inferior a los de la competencia. Cabría mitigar algunas de esas dificultades adoptando ciertas salvaguardias como la de obligar al deudor a informar con regularidad al tribunal sobre la marcha de la reorganización; permitir al tribunal que, en ciertos casos, nombre un representante de la insolvencia que supervise la gestión del deudor; asignar a los acreedores una importante función de supervisión o control del deudor o disponer que la reorganización pueda pasar a ser un procedimiento de liquidación. Cabe señalar que cuando se adopta este enfoque, el personal de gestión de que disponga la empresa deudora al abrirse el procedimiento no será siempre el mismo que deberá llevar adelante la ejecución del plan aprobado; además, algunos de los factores antes señalados no tendrán el mismo peso que cuando el personal de gestión de la empresa deudora permanece en funciones a lo largo de todo el procedimiento. No obstante, dada la complejidad del método del deudor en posesión del negocio, es preciso examinarlo con detenimiento antes de adoptarlo, no sólo porque su éxito depende de que exista un sólido régimen de gestión empresarial y una fuerte capacidad institucional, sino también porque incide en la concepción de otras disposiciones del régimen de la insolvencia (por ejemplo, en las relativas a la elaboración del plan de reorganización, al ejercicio de los poderes de anulación, al régimen de los contratos y a la obtención de fondos tras la apertura del procedimiento de insolvencia) que en esta Guía no se abordan con profundidad.

3. Derechos del deudor

378. Como medida de amparo de lo que en algunos países se consideran derechos fundamentales del deudor y a fin de asegurar que el deudor sea tratado con equidad e imparcialidad y, tal vez lo más importante, a fin de fomentar su confianza en el procedimiento de insolvencia, es conveniente que en el régimen de la insolvencia se defina claramente la función que tendrá y los derechos de que gozará el deudor durante el procedimiento. En muchos países, los derechos del deudor como persona física, en un procedimiento de insolvencia pueden estar definidos en pactos o convenios internacionales o regionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

- *Derecho del deudor a ser oído, a tener acceso a información y a conservar efectos personales*

379. Por las razones anteriormente indicadas, es conveniente que el deudor goce del derecho a ser oído durante el procedimiento de insolvencia y a participar en general en el proceso decisorio inherente a tal procedimiento, particularmente si es de reorganización. En particular, el deudor debería tener, en cualquier caso, acceso a la información relativa a la marcha del procedimiento, sobre todo cuando el régimen de la insolvencia prevea (ya sea en una liquidación o en una reorganización) que el deudor sea privado en cierta medida de la gestión o del control de la empresa. Este derecho de acceso a la información puede revestir particular importancia en una reorganización si el régimen de la insolvencia prevé que el deudor sea privado en cierta medida de sus poderes antes de la aprobación del plan, pero que deba hacerse cargo de la ejecución del plan, una vez aprobado. También puede convenir que, cuando el deudor no intervenga en la formulación del plan, se le dé la oportunidad de expresar su opinión sobre el plan antes de que se presente a quien deba aprobarlo. Como se observó anteriormente en el capítulo II.A.3, si el deudor es una persona física, se excluyen generalmente de la masa algunos de sus bienes a fin de que el deudor pueda preservar ciertos derechos personales, así como los de su familia, por lo que es conveniente que el régimen de la insolvencia enuncie claramente su derecho a conservar los bienes excluidos.

380. Pueden darse casos, no obstante, en que el ejercicio de esos derechos o su cumplimiento estén sujetos a trámites y ocasionen gastos que obstaculicen el procedimiento sin reportar al deudor ningún beneficio directo. Puede suceder, por ejemplo, que cuando un deudor que ya no se encuentre en el territorio del foro ante el que se esté siguiendo el procedimiento y no responda o se niegue a responder a todo requerimiento que se le haga para ponerse en contacto con el tribunal o con el representante de la insolvencia, el requisito absoluto de oír al deudor pueda llegar a ser un grave obstáculo para el procedimiento y pueda incluso imposibilitarlo. De igual manera, cuando el deudor ya no esté en funciones y no pueda ser oído como tal, o cuando los accionistas y los propietarios de la empresa no participen en ninguna distribución de la masa durante el procedimiento, la obligación absoluta de oír al deudor puede resultar totalmente inútil. Por estas razones, si bien es conveniente prever que deba hacerse todo lo razonable para dar al deudor la oportunidad de ser oído, el régimen de la insolvencia debería ofrecer, en casos excepcionales, cierto margen de flexibilidad para impedir que la obligación de hacer cumplir ese derecho impida llevar a cabo normalmente el procedimiento.

4. Obligaciones del deudor

381. Al igual que en lo relativo a los derechos del deudor, es conveniente que el régimen de la insolvencia defina claramente las obligaciones que tenga el deudor en un procedimiento de insolvencia, precisando, en lo posible, el contenido de las obligaciones y frente a quién estará obligado. Las obligaciones deberían nacer con la apertura del procedimiento y ser exigibles hasta que éste concluya. Será preciso adaptar esas obligaciones a las funciones que deba desempeñar el deudor, tanto en una liquidación como en una reorganización, especialmente en lo relativo a la gestión y al control de la empresa en caso de reorganización. Por ejemplo, cuando el deudor mantenga el control del negocio durante una reorganización, no tendrá la obligación de entregar los bienes que formen parte de la masa.

a) Deber de cooperar y prestar asistencia

382. A fin de asegurar la buena marcha del procedimiento, algunos regímenes de la insolvencia, que prevén cierto desplazamiento o control del deudor, imponen a éste una obligación general de cooperar con el representante de la insolvencia y de prestarle asistencia en el cumplimiento de su cometido, y otros regímenes lo obligan a abstenerse de todo acto que pudiera obstaculizar la sustanciación del procedimiento. Un elemento esencial de ese deber de cooperación es dar facilidades al representante de la insolvencia para que pueda controlar eficazmente la masa transfiriéndole el control de los bienes y de los datos y libros de contabilidad de la empresa. Cuando los bienes del deudor no se encuentren en el territorio del Estado del foro, tal vez no le sea posible al deudor transferir el control de esos bienes; en tal caso, la obligación debería consistir en facilitar al representante de la insolvencia la recuperación de los bienes que se encuentren en el extranjero y en colaborar con él al respecto (véase el capitulo VII de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza). El deudor también podrá tener que colaborar con el representante en la preparación de la lista de acreedores y de sus respectivos créditos, así como de una lista de los deudores del deudor (véase el capítulo III.B.4).

b) Deber de facilitar información

383. Para facilitar una evaluación independiente y exhaustiva del negocio del deudor, particularmente en lo relativo a sus necesidades inmediatas de liquidez y a la conveniencia de que se le otorgue financiación tras la apertura del procedimiento, se requerirá información sobre las perspectivas de supervivencia a largo plazo de la empresa deudora, sobre si su personal directivo es competente para seguir al frente de la empresa, e información sobre el deudor, concretamente sobre sus bienes y obligaciones y su situación financiera y comercial en general. Para que esa evaluación sea posible, en uno u otro tipo de procedimiento, pero particularmente en caso de reorganización o cuando en una liquidación se trate de vender la empresa como negocio en marcha, será conveniente que el deudor siga obligado a facilitar información detallada respecto del negocio y de su situación financiera durante un período sustancial que vaya más allá del período próximo a la apertura del procedimiento. Esa información detallada puede ser la relativa a los bienes y las obligaciones de la empresa, sus ingresos y desembolsos, sus listas de clientes, sus previsiones de ganancias y pérdidas; detalles sobre su corriente de efectivo; la comercialización de sus productos; las tendencias del ramo industrial pertinente; toda información relativa a las presuntas causas de la crisis financiera del deudor; la

revelación de toda operación realizada anteriormente en la que el deudor haya intervenido o haya utilizado sus bienes, incluidas las operaciones que puedan ser impugnadas y anuladas conforme a las disposiciones del régimen de la insolvencia; e información sobre todo contrato pendiente y toda operación efectuada con personas con las que esté emparentado, así como sobre todo procedimiento que se esté siguiendo ante un tribunal judicial, arbitral o administrativo contra el deudor o en el que éste sea parte interesada. Varios regímenes de la insolvencia exigen también que el deudor facilite información sobre sus acreedores y, como se ha señalado en el párrafo anterior, que prepare, a menudo en colaboración con el representante de la insolvencia, una lista de sus acreedores que permita verificar los créditos que presenten, así como una lista de sus deudores. Puede también requerirse al deudor que actualice esa lista a medida que se vayan verificando los créditos y se vaya decidiendo si son admisibles o no.

384. Aun cuando tal vez no sea necesario que en la legislación sobre la insolvencia se especifique exhaustivamente la información requerida, una lista de esta índole podría servir de orientación sobre el tipo de información que deberá facilitar el deudor. En algunos regímenes se han preparado, a este respecto, formularios normalizados en los que se indican los datos requeridos. Corresponderá al deudor llenar esos formularios (y podrá ser objeto de sanciones si facilita información falsa o que induzca a error) o a un administrador o persona independiente.

385. A fin de que la información facilitada pueda servir para todas estas finalidades, hará falta que esté actualizada y que sea completa, exacta y fiable, y sería conveniente exigir que fuera presentada lo antes posible tras la apertura del procedimiento, con la posibilidad de dar al deudor el tiempo necesario para reunir la información pertinente. Si el deudor puede cumplir esta obligación, los acreedores podrán confiar más en la capacidad del deudor para seguir dirigiendo la empresa.

386. El proceso previsto para recabar la información señalada puede ser de fundamental importancia para que ésta resulte útil. Si, por ejemplo, los directivos de la empresa deudora son responsables de la actual situación financiera del deudor, pueden no estar dispuestos a revelar información cabal y veraz ni información que demuestre que la situación de insolvencia es imputable a su gestión (aunque algunas leyes penales dispongan que las pruebas autoincriminatorias no podrán ser utilizadas en subsiguientes procesos penales para así alentar a las personas interesadas a que se dé información veraz). En consecuencia, además de la obligación del deudor de informar, puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia otorgue al representante de la insolvencia y a los acreedores, o al comité de acreedores, el correspondiente derecho a exigir y recibir información del deudor, previendo las sanciones oportunas cuando no se proporcione la información solicitada. La obligación del deudor podrá complementarse con medidas adicionales que podrán consistir en el nombramiento de un auditor independiente o en exigir que el propio deudor (si es una persona física), o uno o más miembros del órgano rector de la empresa deudora, asistan o se hagan representar en una junta general de acreedores para responder a las preguntas, excepto cuando ello no sea posible por razones geográficas.

c) Confidencialidad

387. A menudo la información que deberá facilitar el deudor será información comercial delicada o confidencial o estará sujeta a obligaciones contraídas con

terceros (tal vez secretos comerciales, listas de clientes y proveedores, datos de investigación o planes para un futuro desarrollo de la empresa) y tal vez esa información sea propiedad del deudor o de un tercero, pero esté bajo el control del primero. Es conveniente que el régimen de la insolvencia prevea alguna salvaguardia para proteger esos tipos de información, a fin de evitar todo abuso por parte de los acreedores o de algún tercero que trate de aprovechar esos datos en una situación de insolvencia. A fin de tener en cuenta a la vez la obligación del deudor de proteger dicha información y su obligación de informar al representante de la insolvencia, al tribunal o a los acreedores, ese doble deber de respetar el carácter confidencial de la información y de protegerla tal vez debería hacerse extensivo también a toda persona que mantenga algún vínculo con el deudor, al representante de la insolvencia, a los acreedores en general, al comité de acreedores y a terceros.

d) Obligaciones supletorias o complementarias

388. Algunos regímenes de la insolvencia imponen otras obligaciones que complementan la obligación del deudor de cooperar y prestar asistencia. Se prevé, por ejemplo, el deber (tanto del deudor que sea una persona física como del personal directivo de una empresa deudora, o sea, de una persona jurídica) de no abandonar su lugar de residencia habitual sin autorización del tribunal o del representante de la insolvencia o de notificar al tribunal o al representante de la insolvencia si se proponen abandonar ese lugar de residencia o se ven forzados a hacerlo, de revelar toda su correspondencia comercial al representante de la insolvencia o al tribunal, así como otras restricciones de la libertad personal del deudor. Cuando se trate de un deudor que sea una persona jurídica, esas restricciones también podrían impedir el traslado de la sede de esa persona jurídica y el régimen de la insolvencia podría requerir, a tal efecto, el consentimiento del tribunal o del representante de la insolvencia. Esas restricciones pueden ser esenciales para evitar que perturbe la marcha del procedimiento a la práctica habitual de ciertos deudores de ausentarse o de abandonar el lugar del establecimiento comercial y de ciertos directivos o miembros del consejo de administración de dimitir de sus cargos tras la apertura del procedimiento. De prever el régimen de la insolvencia alguna obligación al respecto, es conveniente que estos deberes complementarios sean acordes con la finalidad que persiguen y con el objetivo del deber general de cooperar; estas obligaciones también pueden verse limitadas por la aplicación de los convenios o pactos de derechos humanos antes mencionados.

389. Algunos regímenes de la insolvencia disponen explícitamente que esas obligaciones serán automáticamente aplicables, mientras que en otros el tribunal podrá discrecionalmente declararlas aplicables si las considera necesarias para la administración de la masa. En algunos regímenes se hace una distinción entre el deudor según si se trata de una persona física o de una persona jurídica; si el deudor es una persona física, sólo el tribunal podrá decidir las limitaciones que le sean aplicables, pero si el deudor es una persona jurídica, algunas restricciones, como el deber de revelar la correspondencia comercial, serán automáticamente aplicables.

e) Recurso a profesionales o peritos que asesoren al deudor

390. A fin de que el deudor pueda cumplir todo deber que le sea impuesto en el marco del procedimiento, ciertos regímenes de la insolvencia permiten que el deudor contrate a profesionales como contables, abogados, tasadores y a todo otro perito o profesional que sea necesario, a reserva de que se le autorice a hacerlo. En algunos ordenamientos, esa autorización le podrá ser dada por el representante de la insolvencia, mientras que en otros el deudor deberá obtenerla del tribunal o de los acreedores.

f) Inobservancia de algún deber

391. Para el supuesto en que el deudor incumpla alguna de sus obligaciones, tal vez convenga que el régimen de la insolvencia prevea las consecuencias de tal incumplimiento, teniendo en cuenta la diversidad de las obligaciones e imponiendo sanciones adecuadas. Si, como se ha señalado anteriormente, el deudor oculta parte de la información requerida, puede ser apropiado prever un mecanismo por el que se pudiera obligar al deudor a facilitar esa información, por ejemplo, mediante un "interrogatorio público" del deudor a cargo del tribunal o del representante de la insolvencia. En el derecho penal de algunos países se han previsto sanciones para los casos graves de ocultación de datos requeridos. Podría adoptarse un enfoque similar en caso de incumplimiento de otras obligaciones. En una reorganización, la transformación del procedimiento en una liquidación (véase el capítulo IV.A.14) podría ser una sanción pertinente, siempre que fuera lo más conveniente para los acreedores; no obstante, podrán darse casos en los que, pese al incumplimiento por parte del deudor de su obligación de cooperar o de toda otra obligación, lo más conveniente para los acreedores será continuar el procedimiento de reorganización.

392. El régimen de la insolvencia tal vez deba considerar también los efectos de todo acto por el que se incumpla algunas de estas obligaciones y si dicho acto será o no anulable. Por ejemplo, los contratos celebrados por el deudor tras la apertura del procedimiento podrían regularse en el contexto de los procedimientos de anulación o equiparándolos a operaciones no autorizadas. También podría determinarse a qué partes habría que imponer las sanciones cuando el deudor fuera una persona jurídica, por ejemplo, a la persona que, a todas luces, controlara al deudor, incluidos los directivos o los miembros del consejo de administración de la empresa.

5. Responsabilidad del deudor

393. Mientras una empresa sea solvente, su personal directivo suele tener que rendir cuentas a los propietarios de la empresa, y sus relaciones con los acreedores se regirán únicamente por sus respectivos acuerdos contractuales. Sin embargo, al pasar una empresa a ser insolvente, la responsabilidad pasará a ser de los acreedores, que se convertirán en los verdaderos titulares financieros de la empresa, ya que son ellos los que habrán de soportar el riesgo de toda pérdida adicional que sufra la empresa deudora que mantenga sus actividades comerciales. Pese a este cambio de situación, la conducta y los actos de los propietarios y directivos de una empresa se regirá primordialmente por normas de derecho o de conducta profesional que están al margen del régimen de la insolvencia. No es aconsejable que el régimen de la insolvencia sea utilizado para paliar las deficiencias de la reglamentación legal de la responsabilidad comercial o para vigilar la observancia de las normas de buena gestión empresarial, pese a que en algunos regímenes de la insolvencia se prevea la

obligación de abrir un procedimiento cuando una empresa ya empiece a experimentar dificultades financieras (véase el capítulo I.B). Si los actos o la conducta anterior de ciertas personas profesionalmente vinculadas al deudor insolvente han causado pérdidas o daños a los acreedores del deudor (por ejemplo, mediante fraude o negligencia), tal vez proceda, según el régimen interno de la responsabilidad aplicable en materia de fraude o de negligencia, que el régimen de la insolvencia prevea el derecho a reclamar a dichas personas una indemnización por daños y perjuicios.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones referentes al deudor tienen por objeto:

a) establecer los derechos y las obligaciones del deudor durante el procedimiento de insolvencia;

b) prever vías de recurso contra el incumplimiento por el deudor de sus obligaciones;

c) regular toda cuestión relativa a la gestión de la empresa deudora en el marco de un procedimiento de insolvencia.

Contenido de las disposiciones legales

Derechos

- *Derecho del deudor a ser oído (véase la recomendación 121))*

- *Derecho a participar y a ser informado*

93) El régimen de la insolvencia debería especificar que el deudor tendrá derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, y a recabar información sobre el mismo tanto del representante de la insolvencia como del tribunal.

- *Derecho del deudor a conservar bienes para preservar sus derechos personales*

94) De ser el deudor una persona física, el régimen de la insolvencia debería especificar que tendrá derecho a conservar los bienes que el régimen excluya de la masa[79].

Obligaciones

95) El régimen de la insolvencia debería especificar claramente cuáles serán las obligaciones del deudor en un procedimiento de insolvencia, que nacerán con la apertura del procedimiento y que serán exigibles hasta su clausura. Entre estas obligaciones deberían figurar las de:

a) cooperar con el representante de la insolvencia y ayudarlo a desempeñar sus funciones;

[79] Véase el capítulo II.A.

b) facilitar toda información exacta, fidedigna y completa sobre su situación financiera y el estado de su negocio que pueda [razonablemente] solicitarle el tribunal, el representante de la insolvencia, los acreedores y/o el comité de acreedores, concretamente las listas de[80]:

i) las operaciones celebradas, antes de la apertura del procedimiento, en las que haya participado el deudor o de las que hayan sido objeto sus bienes;

ii) los procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos que se estén siguiendo, incluidos los procedimientos de ejecución en curso;

iii) los bienes, obligaciones, ingresos y desembolsos;

iv) los deudores y sus obligaciones;

v) los acreedores y de sus respectivos créditos, en colaboración con el representante de la insolvencia, debiéndose actualizar o enmendar la lista a medida que se vayan verificando dichos créditos y que se vaya decidiendo si son o no admisibles;

c) [si se nombra un representante de la insolvencia] proporcionar a éste todos los medios para que pueda asumir eficazmente el control de la masa y dar facilidades al representante de la insolvencia y cooperar con él cuando trate de recuperar los bienes de la masa, dondequiera que se encuentren[81], o el control sobre ellos, así como los libros de contabilidad de la empresa;

d) de ser el deudor una persona física, notificar al tribunal si tiene intención de abandonar su lugar de residencia o si se ve forzado a ello, y, de ser el deudor una persona jurídica, obtener el consentimiento del tribunal o del representante de la insolvencia para el traslado de su sede.

Confidencialidad

96) El régimen de la insolvencia debería especificar salvaguardias para la protección de la información facilitada por el deudor[82], que sea información comercial delicada o de carácter confidencial.

Función del deudor en el mantenimiento de la empresa

97) El régimen de la insolvencia debería especificar la función que desempeñará el deudor cuando se mantenga en marcha la empresa durante un procedimiento de insolvencia. Cabe prever, entre otras posibilidades, que:

a) el deudor mantenga el pleno control de la empresa (deudor en posesión), previéndose diversas salvaguardias adecuadas, como el mantenimiento de diversos grados de control sobre el deudor, y la posibilidad de relevarlo de sus funciones en determinados supuestos[83];

---

[80] Siempre que se conceda al deudor el tiempo necesario para reunir la información pertinente.

[81] Véase el capítulo VII – la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza y el nombramiento de un representante extranjero.

[82] Entre la información facilitada por el deudor puede figurar información que esté bajo su control, propiedad del deudor o de un tercero.

[83] Cabe señalar que la eficacia de esta opción depende de la existencia de una sólida estructura judicial del país y de que se prevean y apliquen salvaguardias para deponer al deudor en

b) se prive parcialmente al deudor de sus funciones, pero permitiéndole seguir llevando los negocios ordinarios bajo la supervisión de un representante de la insolvencia, en cuyo caso la ley deberá delimitar claramente las funciones respectivas del deudor y del representante de la insolvencia; o

c) se desposea totalmente al deudor de sus funciones de gestión de la empresa y se nombre un representante de la insolvencia.

Sanciones para supuestos de incumplimiento

98) El régimen de la insolvencia debería permitir la imposición de sanciones a todo deudor que incumpla las obligaciones prescritas por la ley.

B. El representante de la insolvencia

1. Introducción

394. En el régimen de la insolvencia se designa a la persona encargada de administrar el procedimiento y la masa de la insolvencia por diversos nombres, incluido el de administrador, síndico, liquidador, supervisor, contador público, administrador oficial o judicial y comisario. En la presente Guía, por "representante de la insolvencia" se entiende la persona que administra en sentido lato un procedimiento, sin distinguir entre las diversas funciones que cabe asignarle en diversos tipos de procedimiento. El representante de la insolvencia puede ser una sola persona o, en algunos ordenamientos jurídicos una sociedad u otra entidad jurídica independiente. Independientemente del modo en que sea nombrado, el representante de la insolvencia desempeña una función preponderante, pues debe aplicar eficaz y eficientemente el régimen de la insolvencia, ejerciendo ciertas facultades sobre los actos y bienes del deudor, y tiene la obligación de proteger esos bienes y su respectivo valor, así como los intereses de los acreedores y los empleados, y de velar por una aplicación eficaz e imparcial de la ley. Por consiguiente, es indispensable que el representante de la insolvencia esté debidamente cualificado y posea los conocimientos, la experiencia y las calidades personales necesarias para garantizar la sustanciación eficaz y eficiente del procedimiento y para fomentar la confianza en el régimen de la insolvencia.

2. Cualificaciones

395. Las cualificaciones que deberá poseer una persona para poder ser designada representante de la insolvencia varían en función de las atribuciones que el régimen de la insolvencia confiera al representante (y, concretamente, de si el procedimiento es de liquidación o de reorganización) así como del grado de supervisión que ejerza el tribunal sobre el representante de la insolvencia (y sobre el procedimiento en general). Esas cualificaciones también pueden depender del procedimiento previsto para su nombramiento (véase más adelante). Si el régimen de la insolvencia prevé el nombramiento como representante de la insolvencia de un funcionario público, las cualificaciones que se analizan a continuación no serán de interés para su

---

determinados supuestos. Véase a este respecto un análisis más detallado en el capítulo III.A.2 b) ii).

nombramiento (aunque tal vez sí lo sean para el empleo de esa persona en el organismo pertinente de la administración pública).

396. Al definir el grado de competencia que deberá tener un representante de la insolvencia, conviene, por una parte, no exigir requisitos demasiado estrictos porque podrían dar lugar al nombramiento de personas altamente cualificadas, descartando así un gran número de personas aptas para ser nombradas e incrementando las costas del procedimiento y, por otra parte, no imponer requisitos tan poco estrictos que permitan nombrar un representante con competencia insuficiente para estar a la altura del cargo. Cuando no se encuentren profesionales debidamente cualificados, la función que desempeñe el tribunal en el nombramiento y la supervisión del representante de la insolvencia será un factor importante para hallar ese término medio.

a) Representante provisional de la insolvencia

397. De nombrar el tribunal un representante de la insolvencia para el período previo a la apertura del procedimiento, el tribunal deberá normalmente definir sus facultades y funciones. Cuando esas facultades y funciones coincidan con las de un representante nombrado una vez abierto el procedimiento, ese representante interino debería tener el mismo grado de responsabilidad y de competencia profesional que se exige del representante nombrado después de la apertura del procedimiento, y debería percibir idéntica remuneración.

b) Conocimientos y experiencia

398. La complejidad de muchos procedimientos de insolvencia hace sumamente deseable que el representante esté debidamente cualificado y cuente con conocimientos jurídicos (no sólo en materia de insolvencia, sino también sobre toda cuestión de derecho comercial o mercantil, financiero y de sociedades que pueda repercutir en el régimen de la insolvencia), y que posea experiencia adecuada en asuntos comerciales y financieros, así como de contabilidad. El representante de la insolvencia deberá demostrar su competencia para desempeñar las funciones asignadas en diversos casos y circunstancias que posiblemente serán contenciosos, tanto en procedimientos de reorganización como de liquidación, en los que los plazos podrán estar fijados por el régimen de la insolvencia, en que deberán sopesarse los requisitos comerciales teniendo en cuenta consideraciones jurídicas, y en que habrá que velar por los intereses de otras personas, como los de los acreedores, y tal vez por un interés público. Si en algún caso se requiere algún conocimiento más especializado, será siempre posible contratar al personal pericial adecuado. Algunos regímenes de la insolvencia exigen que la persona designada como representante de la insolvencia posea los conocimientos y la pericia que se requieran para un determinado caso, como el conocimiento de los negocios del deudor, de sus bienes y del tipo de mercado en el que realiza sus operaciones.

c) Vías para garantizar la idoneidad profesional

399. Existen diversas vías para determinar la idoneidad profesional de un representante de la insolvencia, como exigir ciertas pruebas o diplomas de competencia profesional; exigir una licencia otorgada por algún órgano público o colegio profesional; organizar cursos especializados y exámenes con obtención de certificado; exigir cierto grado de experiencia (generalmente expresada en años) en determinados campos, por ejemplo, finanzas, comercio, contabilidad y derecho, así como experiencia en la sustanciación de procedimientos de insolvencia. También cabría exigir la asistencia a cursos de capacitación profesional para cerciorarse de que los candidatos tengan conocimientos actualizados en las ramas pertinentes del derecho y sobre las nuevas prácticas. Los sistemas que prevén la obtención de una licencia o de un diploma profesional, o la pertenencia a algún colegio o asociación profesional, suelen prever asimismo algún régimen disciplinario y cierta supervisión, y cabe que el representante de la insolvencia esté sujeto a un régimen impuesto por el tribunal, por alguna autoridad de regulación de la actividad empresarial o un colegio profesional o por algún otro órgano, reglamentados por leyes distintas del régimen de la insolvencia. Algunos de esos sistemas son relativamente complejos, por lo que no procede examinarlos en detalle en la presente Guía.

d) Cualidades personales

400. Además de poseer los conocimientos y la experiencia requerida, tal vez sea también conveniente exigir que el representante de la insolvencia posea ciertas cualidades personales, como integridad, imparcialidad y una óptima capacidad de gestión. La integridad puede requerir que el representante de la insolvencia goce de buena reputación y carezca de antecedentes penales ni haya cometido actos ilícitos de carácter financiero; en algunos ordenamientos también se exige que no haya sido objeto de insolvencia o que no haya sido destituido de algún cargo en la administración pública. Generalmente, si se da alguno de estos supuestos, el candidato propuesto quedará descalificado.

e) Conflictos de intereses

401. Un elemento esencial de estas cualidades es que el representante de la insolvencia pueda demostrar su independencia de todo interés personal en el asunto, ya sea de carácter económico, familiar o de otra índole. A tales efectos, es conveniente que el régimen de la insolvencia imponga la obligación de dar a conocer todo conflicto de intereses real o potencial que tenga la persona propuesta como representante de la insolvencia en el momento de la apertura del procedimiento y que tenga el representante ya designado y que pueda influir en todo el procedimiento. El régimen de la insolvencia debería especificar a quién deberán revelarse tales conflictos de intereses, lo cual dependerá de lo que disponga el procedimiento de selección y nombramiento del representante de la insolvencia. Las circunstancias que podrán constituir un conflicto de intereses y las consecuencias de que se revele tal conflicto en el momento de la apertura del procedimiento o de que sea descubierto posteriormente, varían de un régimen a otro.

402. Puede darse un conflicto de intereses, por ejemplo, a raíz de toda relación que se haya mantenido o que siga manteniéndose con el deudor. Para determinar la

existencia de tal conflicto de interés, bastará que el candidato haya tenido una relación de propiedad sobre el deudor o que haya mantenido o siga manteniendo una relación comercial con la empresa deudora (que incluye el hecho de ser parte en una operación con el deudor que pueda ser objeto de investigación en el procedimiento de insolvencia o el hecho de ser acreedor o deudor del deudor); a tal efecto, bastará también que el candidato haya mantenido alguna relación con un acreedor del deudor o con alguna empresa competidora del deudor, o que haya sido contratado anteriormente como representante o empleado del deudor. En otros países, tal conflicto de intereses constituirá un impedimento para que el candidato propuesto pueda ser nombrado representante de la insolvencia, o será un motivo de descalificación de la persona designada, que ya no podrá seguir en funciones. En otros países, la persona podrá, aun así, ser nombrada, siempre y cuando la revelación del conflicto de intereses haya corroborado su integridad y siempre que los datos revelados permitan comprobar la imparcialidad o la independencia de dicha persona. A efectos de fomentar la transparencia, previsibilidad e integridad del procedimiento, es conveniente que el régimen de la insolvencia indique el grado de relación o asociación que pudiera dar lugar a tal conflicto de intereses. Suele dejarse en manos del tribunal la determinación de si, en el caso examinado, existe o no un conflicto de intereses o de si hay o no indicios de que la persona propuesta como representante de la insolvencia no cumple el requisito de total independencia.

3. Selección y nombramiento del representante de la insolvencia

403. Los regímenes de la insolvencia prevén diversos métodos para la selección y el nombramiento de un representante de la insolvencia. El representante de la insolvencia podrá ser elegido entre los miembros de diversas actividades profesionales, tales como los miembros de la comunidad empresarial, los empleados de algún organismo público especializado o los componentes de grupos privados cualificados (abogados, personal contable o de otra índole). Conforme a algunos regímenes, será nombrado automáticamente un cargo público (conocido por diversos nombres: síndico, contador oficial, administrador concursal) para administrar todos los casos de insolvencia o sólo determinados tipos de casos. En muchos países, el representante de la insolvencia ha de ser una persona física, pero en otros cabe designar una persona jurídica, a reserva de que el personal de esa entidad que haya de asumir las funciones de representante cumpla ciertos requisitos de competencia profesional y que la persona jurídica nombrada esté sujeta a algún tipo de reglamentación.

a) Selección y nombramiento del representante de la insolvencia por parte del tribunal

404. Son muchos los países en donde el tribunal se encarga de seleccionar, nombrar y supervisar al representante de la insolvencia. El tribunal podrá seleccionar discrecionalmente a una persona que figure en una lista de profesionales debidamente cualificados. El tribunal podrá efectuar la selección mediante una lista o sistema rotativo o por algún otro medio, incluso por recomendación de los acreedores o del propio deudor. Pese a que el sistema de lista rotativa constituye un método equitativo e imparcial para el nombramiento del representante, tiene el inconveniente de que no asegura el nombramiento de la persona más cualificada para administrar un caso concreto. Naturalmente, esto puede depender del modo en que se elabore la lista y de los requisitos que deban cumplir los profesionales de la

insolvencia para figurar en ella. Ese inconveniente tal vez pierda relevancia cuando los bienes de la masa de la insolvencia no sean suficientes para cubrir los gastos de administración.

b) Autoridad independiente encargada del nombramiento

405. En algunos países, cierta institución u órgano se encarga de reglamentar la función del representante de la insolvencia y de elegir, a instancia del foro competente, a un representante para cada caso de insolvencia. Este método puede tener la ventaja de encomendar el nombramiento a una autoridad independiente que deba seleccionar a personas con la pericia y los conocimientos requeridos para las circunstancias del caso, por ejemplo, en función del tipo de negocios o de actividades del deudor, del tipo de bienes que formen la masa, de las condiciones del mercado en que la empresa deudora realice o haya realizado sus operaciones, de toda pericia profesional que se requiera para entender los negocios del deudor, o de toda otra circunstancia especial. La conveniencia de recurrir a una autoridad independiente para efectuar el nombramiento dependerá de la existencia de un órgano o de una institución que cuente con los recursos y la infraestructura que se requiera para esta función; de no existir tal órgano, habrá que establecer una entidad apropiada.

c) Función de los acreedores

406. Otra posibilidad consiste en permitir que los acreedores intervengan en el nombramiento, recomendando e incluso eligiendo a la persona que se nombrará representante de las insolvencias, siempre y cuando esa persona esté cualificada para ejercer esa función en un caso concreto. El método de recurrir, para el nombramiento, a una autoridad independiente y al comité de acreedores puede evitar dudas sobre la imparcialidad de la persona designada y aligerar la tarea de supervisión encomendada al tribunal. Conforme a otro criterio, se permite, en procedimientos de reorganización abiertos a instancia del deudor, que el propio deudor nombre al representante de la insolvencia. Este método permite organizar, antes de la apertura del procedimiento, conversaciones entre el deudor y ciertos interesados, como los acreedores garantizados, a fin de que el futuro representante se familiarice con el negocio, y ofrece al deudor la posibilidad de elegir el representante que juzgue más apto para llevar a cabo la reorganización. No obstante, pueden surgir dudas sobre la independencia del representante de la insolvencia. En tal caso, se permite, en determinadas circunstancias, que los acreedores sustituyan a un representante de la insolvencia designado por el deudor.

4. Supervisión del representante de la insolvencia

407. Además de las cualificaciones y cualidades personales que se exigen a toda persona para ser nombrada representante de la insolvencia, el régimen de la insolvencia puede prever, según sus características y según las funciones que asigne a cada parte, que se supervise el modo en que el representante desempeña sus funciones (y que éste demuestre que posee las cualidades previamente exigidas). Los regímenes de la insolvencia siguen diversos criterios para definir, por ejemplo, la relación entre el representante de la insolvencia y el tribunal y, en particular, para delimitar sus respectivas facultades, así como para determinar la función que los acreedores podrían desempeñar en la supervisión de ciertas decisiones del

representante de la insolvencia y respecto de otras cuestiones, como la remuneración del representante e incluso su destitución. Dado que normalmente la persona que dispone de más información sobre la situación del deudor es el representante, también suele estar en mejores condiciones para adoptar decisiones con conocimiento de causa sobre el curso que debe seguir el procedimiento de insolvencia. Sin embargo, esto no significa que el representante de la insolvencia pueda hacer las veces del tribunal, sino todo lo contrario. Por ejemplo, el representante de la insolvencia puede tener que notificar previamente sus decisiones al tribunal o a los acreedores; el representante puede tener que informar periódicamente o sobre ciertas actividades al tribunal o a los acreedores; y en general el tribunal deberá dirimir las controversias que surjan durante el procedimiento y muchas veces se requerirá su aprobación en diversas etapas del procedimiento. Incluso en los países en que el tribunal tiene menor protagonismo en los casos de insolvencia, se limitan las atribuciones que normalmente se confieren al representante de la insolvencia.

5. Deberes y funciones del representante de la insolvencia

408. El régimen de la insolvencia especifica a menudo cuáles son las obligaciones y las funciones que ha de desempeñar el representante de la insolvencia durante el procedimiento y es importante que le otorgue asimismo las facultades requeridas para cumplir sus deberes y funciones de manera eficaz y eficiente. Si bien algunas de esas obligaciones y funciones del representante de la insolvencia que se enumeran a continuación tal vez sean más pertinentes para los procedimientos de liquidación que para los de reorganización, los deberes y funciones del representante de la insolvencia con respecto a la administración del procedimiento y a la preservación y protección de la masa serán en general los que figuran al final de este párrafo. La siguiente enumeración no pretende ser exhaustiva y en algunos casos las diversas funciones se solaparán o podrán no ser pertinentes a causa de la estructura del régimen de la insolvencia.

i) asumir el control inmediato de los bienes que formen parte de la masa de la insolvencia y de la documentación comercial del deudor;

ii) actuar como representante de la masa de la insolvencia;

iii) obtener financiación tras la apertura del procedimiento de insolvencia;

iv) ejercitar derechos en beneficio de la masa de la insolvencia en todo procedimiento judicial, arbitral o administrativo que se esté siguiendo;

v) adoptar las medidas necesarias para proteger y preservar los bienes de la masa y la empresa del deudor, impidiendo en particular toda enajenación no autorizada de esos bienes y ejercer los poderes de impugnación que le hayan sido atribuidos para la recuperación de todo bien indebidamente enajenado en fraude de los acreedores;

vi) inscribir todo derecho de la masa de la insolvencia (siempre que esa inscripción registral sea necesaria para confirmar esos derechos frente a todo adquirente que actúe de buena fe);

vii) nombrar y remunerar a contables, abogados y a los peritos que pueda necesitar para el cumplimiento de su cometido;

viii) informarse acerca del deudor, de sus bienes, de sus deudas y obligaciones y de toda operación anterior (especialmente de las que se hayan efectuado durante el período de sospecha), interrogando eventualmente al deudor y a todo tercero que haya tenido tratos con el deudor;

ix) examinar los contratos que no se hayan cumplido en su totalidad a fin de decidir si conviene proseguir su ejecución o rechazarlos;

x) ocuparse de los empleados y de sus derechos salariales o de otra índole, particularmente en materia de jubilación;

xi) en caso de liquidación, vender los bienes de la masa de la insolvencia;

xii) verificar la admisibilidad de los créditos presentados, admitirlos y mantener una lista actualizada de los créditos verificados y admitidos;

xiii) informar con regularidad al tribunal y a los acreedores de los pormenores del procedimiento. Concretamente, deberá comunicarles una descripción detallada de los bienes vendidos durante el período pertinente, el precio obtenido, los gastos de venta y todo pormenor que el tribunal solicite o que el comité de acreedores pueda razonablemente pedir; presentar recibos y justificantes de los desembolsos; indicar los bienes que sigan bajo administración;

xiv) asistir a las reuniones de los acreedores;

xv) encargarse de la gestión de la empresa, tanto si es objeto de reorganización como si, en caso de liquidación, vaya a procederse a su venta como negocio en marcha;

xvi) en una reorganización, preparar o ayudar a preparar un plan de reorganización o un informe en el que exponga los motivos por los que no sea posible reorganizar la empresa (siempre y cuando esta función corresponda al representante de la insolvencia);

xvii) supervisar la aprobación del plan de reorganización y, cuando proceda, la aplicación de dicho plan;

xviii) distribuir el producto de la venta de la masa de la insolvencia en una liquidación y liquidar la masa sin demora, con eficiencia y favoreciendo del mejor modo posible los intereses de las diversas partes afectadas por el caso;

xix) presentar al tribunal o, en su caso, a los acreedores un informe final en el que rinda cuentas de su administración de la masa de la insolvencia;

xx) informar sobre todo otro asunto sobre el cual el representante de la insolvencia haya tenido que actuar a petición de los acreedores o por requerimiento del tribunal.

409. Además de los mencionados deberes y funciones, el régimen de la insolvencia suele imponer ciertas obligaciones generales al representante de la insolvencia, como la de obtener el máximo valor de la masa de la insolvencia y de proteger los bienes que forman parte de ella, y la de vender esos bienes al mejor precio que pueda razonablemente obtenerse.

410. Cuando se entable un procedimiento de reorganización en que se mantenga al deudor en posesión del negocio y no se nombre ningún representante de la insolvencia, el propio deudor asumirá muchas de esas funciones, aunque estará sujeto a diversos grados de supervisión por parte del tribunal o de los acreedores.

6. Confidencialidad

411. Ya se ha señalado anteriormente la necesidad de imponer al deudor un deber de confidencialidad. Tal vez convenga que el régimen de la insolvencia imponga el mismo deber al representante de la insolvencia, dado que una gran parte de la información que obtendrá sobre el negocio del deudor puede ser información comercial delicada, de carácter confidencial o que esté sujeta a obligaciones respecto de terceros (secretos comerciales, datos de investigación o de futuro desarrollo de la empresa, información sobre su clientela), por lo que no debe darse a conocer a terceros que puedan sacar provecho indebido de ella. Cuando la información deba ser revelada a los acreedores, éstos deberán respetar su carácter confidencial, al igual que el representante de la insolvencia. Este deber de confidencialidad puede ser particularmente grave en los casos en que el representante de la insolvencia esté facultado para exigir la revelación de datos o de documentos en el curso de un interrogatorio del deudor. Parte de esa información puede provenir de terceros y ser objeto de disposiciones que amparen su carácter secreto o confidencial, como las aplicables a ciertas operaciones de los bancos. Es conveniente que el representante de la insolvencia sólo pueda utilizar esa información para los fines del procedimiento que permitió el interrogatorio, salvo que el tribunal decida otra cosa. Todo lo aquí dicho puede ser igualmente aplicable a la información que se facilite o se obtenga en el curso de toda actuación penal contra el deudor. Ese deber de respetar el carácter confidencial habría de imponerse análogamente a los mandatarios y empleados del representante de la insolvencia (véase más adelante la sección 8) y a toda otra parte, según decida el tribunal.

7. Remuneración del representante de la insolvencia

a) Determinación de su cuantía

412. El representante de la insolvencia, además de ser reembolsado de todo gasto justificado que efectúe en el curso de su administración de la masa, tendrá derecho a una remuneración por sus servicios. Esa remuneración deberá estar en función de la competencia profesional exigida y de las tareas que se le encomienden, y deberá recompensar los posibles riesgos a fin de atraer a candidatos debidamente cualificados. Se podrá fijar su cuantía en función de alguna tarifa o escala de remuneración establecida por algún organismo público o asociación profesional; se podrá encomendar su cálculo, según el caso, a la junta general de acreedores, al tribunal competente o a algún otro órgano o tribunal administrativo; se podrá calcular en función del tiempo que haya dedicado a la administración de la masa el representante de la insolvencia (y las diversas categorías de personas que intervengan en la administración, desde el personal de oficina hasta el propio titular del cargo); o se podrá calcular en función de una tasa porcentual del valor de los bienes de la masa que se vendan y/o se distribuyan (conforme a un cálculo efectuado al final del procedimiento, cuando los bienes estén ya vendidos y se conozca su valor de venta). Cabría prever, al respecto, una tasa porcentual fija con cierto margen para su incremento o reducción, según las circunstancias del caso.

Para cada uno de estos casos, el régimen de la insolvencia dispone en general que se profundice la investigación, ya sea a petición de una de las partes, de un tercero o del propio representante de la insolvencia, según el método de cálculo. Este enfoque será importante para garantizar la transparencia. Sin embargo, al mismo tiempo, será importante evitar que la parte facultada para tomar una decisión definitiva al respecto pueda, de esa manera, influenciar el curso del procedimiento.

i) Cálculo de la remuneración en función del tiempo

413. Una ventaja de un método de cálculo basado en el tiempo dedicado a la tarea encomendada es que al comienzo de un procedimiento habrá una gran incertidumbre sobre la complejidad de la administración del caso y sobre el volumen de recursos que requerirá. Una desventaja del cálculo efectuado en función del tiempo es que si bien incitará al representante a efectuar una administración exhaustiva, en algunos casos este método puede constituir también un incentivo para prolongar al máximo la administración sin que ello redunde necesariamente en una recuperación proporcional del valor patrimonial de la masa.

ii) Cálculo basado en el cobro de una comisión o tasa porcentual

414. Una ventaja del sistema basado en el cobro de una comisión consiste, desde la perspectiva de los acreedores, en que se distribuirá entre ellos al menos una parte, tal vez importante, del valor que se recupere de los bienes de la masa. Ahora bien, desde la perspectiva del representante de la insolvencia, este método de cálculo resultará incierto, ya que la intensidad de la labor de administración no es necesariamente proporcional al valor de los bienes disponibles en la masa para su distribución. Además, este método puede incitar a buscar el "máximo beneficio al mínimo costo", desincentivando toda tarea que no reporte un beneficio directo a los acreedores, como la obligación de informar tanto al tribunal como a los acreedores, y la obligación de ayudar a las autoridades a investigar el negocio del deudor para determinar si en su gestión ha habido algún comportamiento indebido. Con este método de cálculo también podrían fijarse, en casos muy importantes, remuneraciones muy altas, con cargo a la masa de la insolvencia, con lo cual tanto el deudor como el acreedor podrían renunciar a solicitar la apertura de procedimientos.

iii) Intervención de los acreedores

415. En algunos países, es posible que los acreedores (o el comité de acreedores) hayan de intervenir en la determinación o aprobación de la remuneración del representante, que habrá de hacerse en función de ciertos factores, como la complejidad del caso, la naturaleza y el grado de responsabilidad, y la eficacia con que el representante cumpla su cometido, y en función también del valor y del tipo de bienes que formen parte de la masa. Con esa intervención de los acreedores se obviarían algunas de las dificultades anteriormente examinadas, ya que los acreedores conocerían mejor los problemas planteados y podrían participar directamente en la determinación y aprobación de la remuneración del representante. Cabría revisar periódicamente esa remuneración durante el curso del procedimiento, resolviéndose todo problema que surja por arbitraje o por alguna otra vía prevista para la solución de las controversias entre el representante de la insolvencia y los acreedores.

416. Es muy conveniente que el régimen de la insolvencia prevea un mecanismo para determinar la remuneración del representante que sea claro y transparente, a fin de evitar controversias y de que las costas del procedimiento puedan ser hasta cierto punto previsibles. Cualquiera que sea el método utilizado para dicho cálculo, es también conveniente que en el régimen de la insolvencia se reconozca la importancia de dar prelación al pago de la remuneración del representante.

b) Medios para efectuar el pago

417. El pago de la remuneración del representante de la insolvencia suele suscitar quejas de los acreedores ordinarios o no garantizados, ya que se acostumbra a recurrir a los bienes no gravados para financiar esa remuneración, a resultas de lo cual pueden agotarse los fondos para distribuir entre los acreedores de esa categoría. Si bien sería injusto llegar a la conclusión de que los gastos de administración son excesivos por el mero hecho de que superen el valor de los bienes no gravados disponible para sufragarlos, el hecho de que se destine la mayor parte, si no la totalidad, de los bienes disponibles al pago de los gastos de administración y de que los acreedores no garantizados consideren desproporcionado e injusto el total de esos gastos, en comparación con el valor de los bienes recuperados, hace patente la necesidad de estudiar detenidamente esta cuestión. Cabe adoptar diversos enfoques para el pago del representante de la insolvencia. Por ejemplo, si la masa contiene bienes no gravados, se le podrá remunerar con cargo a dichos bienes; cabe también imponer una cierta tasa sobre el valor de los bienes para sufragar su venta o administración, siempre que esa administración o venta reporte algún provecho a los acreedores; cabe asimismo imponer una tasa a los acreedores que presenten una solicitud de apertura de un procedimiento, que permita cubrir las costas iniciales del procedimiento y ciertas funciones básicas del representante; o se podrían utilizar los bienes gravados para sufragar una cuota proporcional o predeterminada de la remuneración (véase el capítulo VI. Prelación). Otra solución consistiría en pagar al representante de la insolvencia utilizando los recursos de un fondo que el Estado haya creado a tales efectos. Este método podría ser especialmente adecuado para los

casos en que los bienes del deudor fueran insuficientes para sufragar los gastos de la administración de la masa de la insolvencia (véase el capítulo I.B.6)[84].

c) Cálculo revisado de la remuneración

418. Según cuál sea el método por el que se determine la remuneración del representante de la insolvencia, tal vez convenga prever alguna vía de recurso, por si los acreedores o el propio representante se muestran disconformes. De fijarse la remuneración en una reunión de los acreedores, el tribunal estará normalmente facultado para reconsiderar su cuantía a instancia del representante de la insolvencia o de un determinado porcentaje o número de acreedores, por ejemplo, a instancia de un grupo de acreedores cuyos créditos representen un 10% del capital social emitido o al menos un 10%, o quizás un 25%, de la suma total adeudada. Cuando la remuneración sea fijada por el propio tribunal, se adoptan diversos métodos; algunos regímenes permiten que el representante de la insolvencia pueda recurrir contra esa decisión, mientras que otros no lo autorizan a hacerlo. Algunos regímenes de la insolvencia también disponen que el deudor no podrá solicitar que se reconsidere la cuantía determinada. Cuando el representante haya de ser miembro de un colegio o asociación profesional o haya de disponer de una licencia, es posible que el colegio profesional o la autoridad licenciadora estén también facultados para reconsiderar los honorarios cobrados por sus miembros y que hayan previsto una vía oficiosa para solucionar controversias al respecto.

8. Responsabilidad del representante de la insolvencia

419. La norma de diligencia a que debe atenerse todo representante de la insolvencia y su responsabilidad personal son factores importantes para la buena marcha del procedimiento. Si se determina el grado de diligencia, cuidado y pericia con que deberá obrar todo representante de la insolvencia en el cumplimiento de su cometido y en el ejercicio de sus funciones, deberán tenerse en cuenta las difíciles circunstancias en las que el representante deba cumplir con su cometido, y deberán compensarse esas dificultades con un nivel apropiado de remuneración que, además, dé un incentivo a personas cualificadas como candidatos potenciales al cargo de representante de la insolvencia. También se ha de procurar que esa norma garantice un ejercicio eficiente de su cometido por el representante de la insolvencia, pero sin exponerle a demandas abusivas contra su gestión que encarecerían sus servicios. El régimen de la insolvencia también deberá tomar en consideración el hecho de que la responsabilidad del representante de la insolvencia se regirá a menudo por normas ajenas al régimen de la insolvencia o, cuando el representante de la insolvencia sea miembro de algún colegio o asociación profesional, por las normas pertinentes de diligencia profesional de esa asociación.

420. Según varios ordenamientos, el representante de la insolvencia será civilmente responsable por los daños causados por actos ilícitos o abuso de derecho, aunque se podrá seguir diversos criterios al determinar la norma de diligencia requerida. En

[84] Ese fondo podrá financiarse por varios medios, por ejemplo, mediante pagos de los directivos de la empresa deudora que se vaya a liquidar, un incremento de la tasa pagadera por toda solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, la obligación de depositar el producto de la liquidación en una cuenta común, destinando a tal fondo los intereses que devengue dicha cuenta, la imposición de algún tipo de derecho en la presentación de la declaración anual de ganancias de la empresa.

cierta medida, la norma adoptada dependerá de la vía seguida para el nombramiento del representante y del tipo de nombramiento (por ejemplo, según si se trata de un miembro de una profesión liberal o de un funcionario público). Un criterio puede consistir en que se exija al representante de la insolvencia que se atenga a una norma de diligencia no más severa que la exigible del deudor en el curso ordinario de su gestión de un negocio solvente, es decir, que obre con la diligencia propia de un comerciante prudente. En algunos países tal vez se exija una norma de diligencia más severa por razón de que el representante de la insolvencia está administrando los bienes de un tercero y no sus propios bienes. Otra formulación posible sería disponer que el representante deberá obrar de buena fe y con fines lícitos. Cabe exigir también que el representante cumpla la norma de diligencia requerida para determinar si ha habido negligencia.

421. Una manera de regular la cuestión de la responsabilidad por daños puede consistir en requerir al representante de la insolvencia que deposite una caución o contrate un seguro para cubrir toda pérdida de la masa que le sea imputable o todo daño imputable al incumplimiento de su deber profesional. En algunos regímenes se le exige a la vez que deposite una caución y que contrate un seguro, cuando la caución cubra un tipo de daños distintos de los que cubre el seguro, mientras que en otros se requiere únicamente un seguro. En algunos casos, la cuantía de la caución se determina en función del valor contable de los bienes de la masa de la insolvencia, mientras que en otros el importe de la caución y del seguro se fijan conforme a lo previsto en el reglamento de la asociación profesional o de la entidad normativa de la que dependa el representante, o incluso según lo dispuesto en el régimen de la insolvencia. Otra distinción entre esos dos métodos puede referirse al procedimiento previsto para entablar una acción de daños y a si dicha acción se tramitará por vías diferentes según si se impugna una caución o un seguro. Sin embargo, no en todos los países será posible depositar una caución o contratar un seguro personal, por lo que deberán hallarse otras soluciones. Al tratar de regular esta cuestión, deberá procurarse mantener bajo control el costo del servicio prestado por el representante de la insolvencia y distribuir los riesgos del procedimiento de insolvencia entre los participantes, sin hacerlos recaer exclusivamente sobre el representante de la insolvencia por el hecho de que está cubierto por algún seguro personal al respecto.

422. Otra cuestión podría ser la responsabilidad personal del representante de la insolvencia por las obligaciones que haya contraído en el curso ordinario del procedimiento de insolvencia, especialmente en una reorganización (por ejemplo, las obligaciones relacionadas con el mantenimiento en marcha de la empresa). La ventaja del criterio de responsabilidad personal del representante de la insolvencia es que ofrece seguridad a los proveedores del deudor y que puede frenar el endeudamiento. Sin embargo, ese mismo enfoque podría constituir un factor disuasorio si el riesgo de la responsabilidad personal supera ampliamente la remuneración que el representante pueda percibir. Para paliar el problema, cabría prever que los efectos de esa responsabilidad se limitarán a los bienes de la masa de la insolvencia, sin que los bienes personales del representante de la insolvencia resulten afectados.

423. Otra cuestión relativa a la responsabilidad es la de la responsabilidad imputable al representante de la insolvencia por todo acto indebido del deudor, que dependerá del grado de control del representante sobre las actividades del deudor.

Conforme a algunos regímenes, el representante de la insolvencia puede ser responsable de todo acto indebido del deudor mientras éste haya actuado bajo el control de aquél, pero no es conveniente que el representante de la insolvencia sea responsable por actos del deudor, como actos que hayan causado daños ecológicos, si se han producido antes de ser nombrado representante de la insolvencia.

424. De iniciarse una acción contra el representante de la insolvencia como tal, convendrá prever el tribunal que será competente para juzgar el caso. Para evitar confusión e incertidumbre, puede ser conveniente atribuir esa competencia al mismo tribunal que nombró al representante de la insolvencia (si en el régimen de la insolvencia pertinente el tribunal desempeña alguna función en tal nombramiento).

9. Agentes y empleados del representante de la insolvencia

425. En algunos regímenes de la insolvencia se requiere autorización judicial para que el representante pueda contratar a personal contable, abogados, tasadores y otros peritos que necesite para llevar a cabo su cometido. En otros, esa autorización no es necesaria. Es conveniente que el régimen de la insolvencia defina ciertos criterios para la contratación de personal pericial o profesional, como su experiencia, sus conocimientos y su reputación, y que disponga la necesidad de que sus servicios redunden en beneficio de la masa. Las obligaciones del representante de la insolvencia de revelar todo eventual conflicto de intereses o toda circunstancia que pueda suscitar dudas sobre su independencia, así como el deber de mantener la confidencialidad de la información son también aplicables a los profesionales empleados o a los que proponga el representante de la insolvencia.

a) Responsabilidad por actos u omisiones

426. Cuando la masa sufra pérdidas imputables a agentes o empleados del representante de la insolvencia, tal vez sea necesario regular la responsabilidad del representante de la insolvencia por esos actos. En algunos regímenes de la insolvencia, el representante no incurre en responsabilidad personal por tales actos, a menos que no haya supervisado debidamente el cumplimiento de sus obligaciones.

b) Remuneración

427. Cabe regular de diversos modos la remuneración del personal profesional empleado por el representante de la insolvencia. En algunos ordenamientos se exige que se presente al tribunal una propuesta con el importe de la remuneración y que el tribunal lo apruebe, mientras que en otros corresponde a la junta de acreedores aprobar la remuneración. Cabe también que ese personal sea remunerado periódicamente a lo largo del procedimiento, o que haya de esperar hasta que concluya el procedimiento. En lo que respecta a la forma de pago de la remuneración, algunos regímenes de la insolvencia prevén que el representante de la insolvencia remunerará a ese personal y que será reembolsado con cargo a la masa, mientras que conforme a otros regímenes ese personal gozará de un crédito administrativo directo frente a la masa.

10. Revisión de la administración del representante de la insolvencia

428. En todo régimen de la insolvencia deben enunciarse expresamente los motivos por los que un acreedor podrá impugnar las decisiones del representante de la

insolvencia o la forma en que se administra el procedimiento de insolvencia, así como las decisiones susceptibles de impugnación. Los motivos previstos en los regímenes vigentes para que un acreedor entable una acción pueden dividirse en dos categorías principales.

429. En la primera categoría figuran los regímenes en que se otorgan ciertos derechos a los acreedores cuando se demuestra que el representante de la insolvencia ha cometido algún acto ilícito. Ese acto puede consistir en un delito, como la malversación de fondos o de bienes o la obtención de la aprobación de los acreedores por medios indebidos; en errores de procedimiento, como el hecho de no haber solicitado la aprobación requerida de los acreedores o de un comité de acreedores o de no haber realizado algún otro acto exigido por la ley; o en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. En algunos regímenes se limita a algunas de esas circunstancias, si no a todas, el derecho de los acreedores a impugnar la actuación del representante de la insolvencia.

430. En la segunda categoría figuran los regímenes que prevén los motivos enumerados en caso de comisión de actos ilícitos y que, además, disponen que los acreedores podrán impugnar, habitualmente ante los tribunales, toda decisión, acto u omisión del representante de la insolvencia que un determinado acreedor o los acreedores colectivamente cuestionen o desaprueben. Para que una acción prospere, deberá basarse por lo general en motivos análogos a los enumerados en el párrafo anterior, aunque podrá fundarse también en una prueba de que la decisión, el acto o la omisión del representante de la insolvencia menoscaba los intereses de los acreedores. Para no perturbar injustificadamente la administración de la masa de la insolvencia, el régimen de la insolvencia podrá imponer limitaciones adecuadas consistentes, por ejemplo, en ajustar los requisitos probatorios para que el tribunal dé curso a la apelación de los acreedores o en declarar inapelables ciertos aspectos del procedimiento de administración de la masa de la insolvencia, excluyendo, por ejemplo, las acciones a que pueda dar lugar la apertura de un procedimiento de insolvencia.

431. La mayoría de los regímenes de la insolvencia otorgan a los tribunales varias facultades para revisar una decisión administrativa que afecte a la masa de la insolvencia y para dar efecto a los derechos básicos de los acreedores. Por de pronto, un tribunal puede ordenar al representante de la insolvencia que adopte o que se abstenga de adoptar una determinada medida que sea objeto de la impugnación hecha por el acreedor. El tribunal también puede estar facultado para confirmar, revocar o modificar las decisiones del representante de la insolvencia o para destituir a éste, ya sea a instancia directa del acreedor disconforme o por iniciativa propia (véase el capítulo IV.B.9). Muchos regímenes disponen que el representante de la insolvencia es personalmente responsable de los daños y perjuicios que haya causado intencionalmente o por negligencia a los acreedores en el desempeño de sus funciones. Algunos regímenes disponen también que, en tales circunstancias, el tribunal podrá imponer una sanción pecuniaria al representante de la insolvencia.

11. Destitución del representante de la insolvencia

432. En algunos regímenes de la insolvencia se permite destituir al representante en determinados casos como, por ejemplo, cuando haya incumplido algún deber impuesto por el régimen de la insolvencia; cuando haya demostrado grave

incompetencia o negligencia; cuando no haya revelado algún conflicto de intereses; cuando haya obrado ilícitamente, o, por razones menos graves, cuando no posea la competencia o especialidad requerida para ejercer las funciones de representante en el procedimiento en curso. Esta última circunstancia puede darse, por ejemplo, cuando un procedimiento de liquidación pase a ser de reorganización, en cuyo caso es posible que se requieran otras competencias que el representante de la insolvencia no tenga, o cuando se trate de un procedimiento de reorganización en que el deudor continúe en posesión del negocio, en el que no es necesario nombrar a un representante de la insolvencia. El tribunal puede destituir al representante, según diversos criterios, por iniciativa propia o a instancia de alguna parte interesada. También pueden destituirlo los acreedores no garantizados mediante una decisión adoptada por mayoría cualificada. Con independencia del criterio que se adopte, la destitución constituye una sanción contra el representante de la insolvencia, y por lo tanto, es procedente que el representante de la insolvencia tenga el derecho a ser oído y a exponer sus argumentos. Cuando el representante esté sujeto a supervisión reglamentaria o de un órgano profesional, se le podrá destituir tras un interrogatorio o una investigación sobre el caso, con lo cual podrá retirársele además toda licencia o autorización que se le haya otorgado.

12. Sustitución del representante de la insolvencia

433. En todo supuesto de dimisión o destitución de un representante de la insolvencia o en toda otra situación en que el representante ya no pueda ejercer sus funciones, como en caso de fallecimiento o de enfermedad grave, y si no se ha previsto sucesor, podrá atenuarse la consiguiente perturbación o demora del procedimiento previendo que el tribunal o los acreedores nombrarán un sucesor. Algunos regímenes de la insolvencia exigen que el tribunal también dé su aprobación a la renuncia del representante de la insolvencia, mientras que en otros no se prevé tal requisito. Si el régimen de la insolvencia ha previsto alguna vía para la sustitución del representante, tal vez deba prever además normas por las que el sucesor pase a sustituir o a suceder a su antecesor en la titularidad o en el control (según el caso) de la masa de la insolvencia (véase el capítulo II.A), así como normas para la entrega al sucesor de los libros y de la documentación de la empresa y de toda otra información de que se disponga respecto del deudor. Tal vez deba regularse asimismo la posibilidad de que el sucesor pueda impugnar los actos o decisiones de su predecesor en el cargo.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas al representante de la insolvencia tienen por objeto:

a) especificar las cualificaciones requeridas;

b) establecer un mecanismo de selección y nombramiento;

c) especificar sus poderes y funciones;

d) regular su remuneración, responsabilidad, destitución y sustitución.

Contenido de las disposiciones legales

Cualificaciones

99) El régimen de la insolvencia debería especificar las cualificaciones y cualidades requeridas para ser nombrado representante de la insolvencia, entre las que figurarán su integridad, independencia, imparcialidad, así como conocimientos adecuados del derecho mercantil pertinente y experiencia en asuntos comerciales y empresariales. La ley también debería especificar los motivos por los que un candidato propuesto para tal cargo podrá quedar descalificado.

Conflictos de intereses

100) El régimen debería exigir la revelación de todo conflicto de intereses o falta de independencia o de toda circunstancia que pueda entrañar un conflicto de intereses o una falta de independencia de las siguientes personas:

(a) la persona propuesta para ser nombrada representante de la insolvencia;

(b) las personas que el representante de la insolvencia o, a través de él, la masa de la insolvencia proponga para ser contratadas, inclusive los profesionales.

101) El régimen de la insolvencia debería especificar que el cumplimiento de la obligación de revelar todo conflicto de intereses, prevista en la recomendación 100), será exigible durante todo el procedimiento de insolvencia. El régimen de la insolvencia debería enunciar las consecuencias de todo conflicto de intereses o de toda falta de independencia.

Nombramiento

102) El régimen debe prever una vía a seguir para la selección y el nombramiento de un representante de la insolvencia. Cabe prever que sea nombrado por el tribunal; por una autoridad independiente designada a tal efecto; a raíz de una recomendación de los acreedores o del comité de acreedores; por el propio deudor; o en virtud de la ley, cuando ésta prevea que el representante de la insolvencia deberá ser un funcionario público o de algún órgano oficial o administrativo.

Remuneración

103) El régimen de la insolvencia debería establecer un método para fijar la remuneración del representante de la insolvencia, y prever el grado de prelación de que gozará el pago de dicha remuneración.

Deberes y funciones de un representante de la insolvencia

104) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia tendrá la obligación de salvaguardar y preservar los bienes de la masa de la insolvencia. El régimen de la insolvencia debería especificar las obligaciones y funciones que tendrá el representante de la insolvencia en la administración del procedimiento y en la preservación y protección de la masa de la insolvencia.

Derecho de las partes interesadas a ser oídas (véase la recomendación 121)

Responsabilidad

105) El régimen de la insolvencia debería especificar las consecuencias que tendrá el hecho de que el representante de la insolvencia incumpla o no cumpla de la debida forma las obligaciones y funciones que le imponga la ley, así como la eventual responsabilidad en que incurrirá en cada caso.

Destitución y sustitución

106) El régimen de la insolvencia debería establecer los motivos por los que se podrá destituir al representante de la insolvencia y el procedimiento que habrá de seguirse para dicho fin. Estos motivos de destitución pueden ser:

a) la incompetencia, el incumplimiento o el hecho de no haber obrado con la diligencia debida en el ejercicio de sus poderes y funciones;

b) la incapacidad para cumplir su cometido;

c) la falta de cualificación o de la especialización requerida para un caso concreto;

d) el hecho de haber actuado ilegalmente o de haber cometido actos ilícitos;

e) la existencia de algún conflicto de intereses o una falta de independencia que justifiquen la destitución; o

f) la modificación de las funciones del representante de la insolvencia[85].

107) El régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo para la destitución del representante de la insolvencia que refleje el modo en que se haya procedido a su nombramiento y que le confiera el derecho a ser oído.

108) En todo supuesto de fallecimiento, de renuncia, o de destitución del representante de la insolvencia, el régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo para nombrar a un sustituto y especificar si este nombramiento requerirá o no la aprobación del tribunal.

Insuficiencia de los bienes de la masa para cubrir los gastos de un procedimiento de insolvencia

109) En caso de que la ley prevea el nombramiento de un representante de la insolvencia para administrar una masa cuyos bienes no sean suficientes para cubrir los costos de administración del procedimiento de insolvencia, el régimen de la insolvencia debería establecer también un mecanismo para el nombramiento y la remuneración del representante en tales casos.

[85] Por ejemplo, cuando un procedimiento de liquidación pasa a ser de reorganización.

C. Acreedores-participación en el procedimiento de insolvencia

1. Introducción

434. Una vez iniciado el procedimiento de insolvencia, los acreedores tienen considerables derechos sobre la empresa del deudor. Por lo general, esos derechos se salvaguardan mediante el nombramiento del representante de la insolvencia, pero por diferentes razones, muchas veces se dispone que los acreedores participen directamente en el procedimiento. Habida cuenta de que son los más interesados desde el punto de vista económico en los resultados del procedimiento, los acreedores pueden perder la confianza en un proceso en que las principales decisiones sean adoptadas, sin consultarlos, por personas que, en su opinión, carecen de experiencia, de conocimientos técnicos sobre el tipo de empresa del deudor o de independencia, según cuál sea la forma de nombramiento del representante de la insolvencia. Con frecuencia, los acreedores están en condiciones de prestar asesoramiento y asistencia con respecto al negocio del deudor y de vigilar la actuación del representante de la insolvencia, lo que pondrá freno a posibles abusos en el procedimiento de insolvencia y a los gastos excesivos de administración, y también constituirá un medio de procesamiento y divulgación de la información. Deberá sopesarse la conveniencia de facilitar la participación de los acreedores teniendo en cuenta la necesidad de garantizar que el mecanismo de representación de los acreedores siga siendo eficaz y económico y evite que los acreedores se ocupen de cuestiones que no afectarán a sus intereses (aunque puede ser difícil determinar qué cuestiones los afectarán y cuáles no).

435. Los regímenes que prevén la participación de los acreedores en el procedimiento adoptan diversos enfoques. Algunos regímenes sólo les conceden el derecho a ser oído y a asistir al procedimiento, mientras que otros disponen que tendrán derecho a votar sobre determinadas cuestiones y que podrán asesorar al representante de la insolvencia según lo requerido o sobre cuestiones específicas, y que deberán también desempeñar las funciones y deberes que les asigne el régimen de la insolvencia, el tribunal o el representante de la insolvencia.

2) Grado de participación de los acreedores en el proceso decisorio

a) Niveles de participación

436. El grado de participación de los acreedores en el proceso decisorio del procedimiento puede variar, y los regímenes de la insolvencia adoptan una amplia gama de criterios y mecanismos para regular la participación de los acreedores. Es posible que sólo se permita un bajo nivel de participación, como en los regímenes que prevén que el representante de la insolvencia adopte todas las decisiones cruciales sobre cuestiones generales de administración en las que no haya habido controversias, dejando a los acreedores sólo atribuciones marginales con escasa influencia. La falta de participación de los acreedores en este modelo puede compensarse con la atribución al representante de la insolvencia de obligaciones cruciales, como la de proteger el valor de la masa de la insolvencia en beneficio final de todos los acreedores. Este criterio puede resultar eficaz si se nombra, para un procedimiento, un representante de la insolvencia experimentado, ya que ello permite evitar retrasos, así como los gastos que ocasiona la gestión de la participación de los acreedores; también puede resultar eficaz cuando el régimen de la insolvencia reglamenta de forma muy completa el proceso y sus participantes.

437. En otras legislaciones se prevé una mayor participación de los acreedores en el procedimiento. Esta participación puede variar desde la intervención en una reunión inicial en la que se estudian ciertas cuestiones, hasta desempeñar funciones de forma continua, en virtud de las cuales puede exigirse de los acreedores únicamente el ejercicio de funciones consultivas o que aprueben ciertos actos y decisiones del representante de la insolvencia. Generalmente, esos actos y decisiones están relacionados con la administración del procedimiento y con cuestiones que afectan a los intereses de los acreedores, tales como la venta de bienes importantes, la verificación de créditos, la aprobación de gastos administrativos y la remuneración del representante de la insolvencia, así como la aprobación del informe final del representante de la insolvencia y de la contabilidad de la masa de la insolvencia; e incluso puede atribuírseles una responsabilidad primordial en el ejercicio de algunas funciones administrativas. Los acreedores también podrán desempeñar funciones en la selección y el nombramiento del representante de la insolvencia, y estar facultados para proponer al tribunal la destitución y sustitución del representante de la insolvencia por incumplimiento de sus funciones y deberes o por negligencia. Los acreedores también pueden tener la posibilidad de intervenir solicitando o recomendando medidas judiciales, concretamente recomendando al tribunal que un procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, o que la masa de la insolvencia, o los acreedores en su nombre, entablen una acción de impugnación. Sin embargo, conviene señalar que sean cuales sean las facultades que se otorguen a los acreedores para impugnar actos o decisiones del representante de la insolvencia, es casi imposible evitar que se produzcan discrepancias, en particular por el hecho de que se requerirá al representante de la insolvencia que obre en beneficio de todos los acreedores, pero siempre habrá casos en que deberá adoptar decisiones que un determinado acreedor rechace o desapruebe. Sin embargo, en circunstancias normales, ese tipo de insatisfacción no será motivo para que el tribunal acceda a sustituir al representante de la insolvencia o autorice al acreedor a entablar una acción contra aquél. En cierta medida, los diferentes enfoques reflejan los diversos usos y costumbres en materia de procedimientos de insolvencia y, en especial, las diferentes expectativas de los acreedores respecto de su participación en el procedimiento de insolvencia. No obstante, la participación de los acreedores es elemento de creciente relevancia para todo régimen de la insolvencia, especialmente, porque contribuye a mantener un equilibrio entre las funciones conferidas por los regímenes a los participantes, y porque constituye un medio importante para salvaguardar los derechos de los acreedores.

b) Participación en la liquidación y la reorganización

438. Algunos regímenes de la insolvencia distinguen entre liquidación y reorganización al determinar el nivel de participación de los acreedores. En la liquidación, si bien en general tal vez no sea importante que los acreedores intervengan en el proceso ni en la adopción de decisiones, pueden, no obstante, constituir una fuente valiosa de conocimientos especializados y de información sobre la empresa del deudor, particularmente cuando ésta haya de venderse como negocio en marcha. Puede ser conveniente que los acreedores reciban informes sobre la evolución del procedimiento a efectos de promover su confianza en el proceso y su transparencia. En cambio, en la reorganización la contribución de los acreedores es útil y necesaria, ya que en general estará en sus manos el respaldo del plan de reorganización propuesto y el éxito de la ejecución del plan.

c) Mecanismos destinados a facilitar la participación

439. En lo que respecta a los mecanismos de participación, algunos regímenes de la insolvencia prevén la convocatoria de una junta general de acreedores en momentos clave del procedimiento, en tanto que otros disponen la creación de un comité (en el que los acreedores pueden estar representados junto con los accionistas y a veces también con otras partes interesadas). Esos comités deberán estar integrados por un número limitado de acreedores (fijado a veces por el régimen de la insolvencia) con objeto de facilitar la participación en la administración de la masa de la insolvencia. El criterio de la junta de acreedores podrá ser de mayor utilidad cuando los acreedores no sean muy numerosos o cuando éstos se encuentren en la misma región geográfica. El criterio del comité de acreedores podrá ser más conveniente cuando exista un gran número de acreedores o cuando éstos se encuentren en diferentes regiones o incluso en diferentes países. Si se designa un comité, éste deberá estar facultado para actuar sin el beneplácito del representante de la insolvencia, lo cual asegurará una representación justa e imparcial de los intereses de los acreedores.

440. Otro criterio consiste en que los acreedores, o el tribunal a instancia de éstos, nombren a una sola persona (a quien en algunos regímenes se denomina interventor o inspector) para que represente a determinados acreedores o grupos de acreedores (por ejemplo, a aquéllos cuyos créditos representen al menos un 10% de la deuda). Con la adopción de este criterio en un país se ha pretendido lograr una participación más ordenada y pronta de los acreedores y evitar las demoras y controversias que se habían producido en anteriores casos. El representante desempeña una función análoga a la del comité de acreedores, actuando en nombre de los acreedores, por ejemplo, para supervisar la manera en que el representante de la insolvencia o el deudor administran la masa de la insolvencia, solicitar audiencias, entablar acciones contra el deudor, solicitar información sobre cuestiones que afecten a los intereses de los acreedores, o convocar juntas generales de acreedores. Algunas legislaciones obligan a los acreedores a pagar los honorarios del representante a fin de no imponer cargas excesivas a la masa de la insolvencia, mientras que otras legislaciones prevén que el representante sea remunerado con cargo a la masa de la insolvencia.

441. Para optar por uno u otro de estos enfoques deberán ponderarse diversos factores, como el tiempo, el costo, la eficiencia, la transparencia y criterios democráticos. El enfoque que prevé el nombramiento de un representante, por ejemplo, tal vez sea más eficiente y económico y promueva un procedimiento más ordenado con menos controversias que la creación de un comité de acreedores. Sin embargo, este último enfoque tal vez sea más transparente y constituya a la vez un medio más democrático de representación de los intereses de los acreedores. Otro factor que cabrá tener en cuenta es la existencia de profesionales de la insolvencia debidamente capacitados y de una infraestructura institucional eficaz para secundar el procedimiento de insolvencia. Cuando haya dificultades para encontrar profesionales competentes y cuando la capacidad institucional sea deficiente, puede darse a los acreedores un papel más importante.

d) Fomento de la participación del acreedor

442. Una cuestión importante que tal vez haya que estudiar si se establece un régimen que permite a los acreedores intervenir activamente en el proceso es cómo superar la apatía de éstos e incitarlos a participar. Incluso cuando el régimen de la insolvencia facilita la participación activa de los acreedores, no es infrecuente que éstos consideren que tal participación no les beneficiará, especialmente porque no les parece probable que vayan a obtener un rendimiento notable y porque temen que su participación entrañará aún más gastos y más tiempo. Este problema frecuente puede paliarse, en cierta medida, si el régimen, por una parte, tiene en cuenta los intereses de todas las partes interesadas (véase, por ejemplo el capítulo III.A.2) y si, por otra, adopta medidas concretas, por ejemplo, en relación con la selección de los miembros del comité de acreedores y con las funciones atribuidas al comité (o a los acreedores en general, cuando no haya comité) (véase más adelante), o con la utilización de medios electrónicos para facilitar la comunicación y las votaciones, de ser necesarias. Otro factor que preocupa a los acreedores es la responsabilidad en que podrían incurrir por el hecho de participar en el procedimiento, especialmente como miembros del comité de acreedores. Este problema podría obviarse eximiendo a los acreedores de responsabilidad, excepto en casos claramente definidos, como los de conducta fraudulenta o dolosa (véase más adelante).

e) Obligación de informar y notificar

443. Será de extrema importancia, para que los acreedores puedan desempeñar funciones específicas, que se les facilite, ya sea directamente o por conducto de un comité de acreedores, información pertinente, actual y precisa sobre la empresa del deudor y su situación financiera, y que se les notifique toda otra cuestión que pueda afectar a sus intereses o sobre la que deban adoptar una decisión o dar una opinión. Las obligaciones de respetar la confidencialidad, ya señaladas en relación con el deudor y con el representante de la insolvencia, serán también aplicables a los acreedores o al comité de acreedores si llega a sus manos información confidencial o delicada.

f) Acreedores garantizados

444. Es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca cómo pueden o deben participar los acreedores garantizados en las reuniones o juntas de acreedores o en un comité de acreedores. Por regla general, los acreedores garantizados no están representados en el comité de acreedores si sus créditos están plenamente garantizados o si están respaldados por bienes de valor superior. En esos supuestos, sus intereses podrán diferir notablemente de los de los acreedores no garantizados, y el hecho de que los acreedores garantizados puedan participar y, eventualmente, alterar el resultado de la decisiones que adopten los acreedores puede resultar perjudicial para los intereses generales de los acreedores. Ante tal disparidad de intereses, algunos regímenes exigen que los acreedores garantizados entreguen su garantía para poder participar en el procedimiento y votar como miembros del cuerpo de acreedores. Sin embargo, si el valor de la garantía obtenida es inferior al del crédito garantizado, será más probable que sus intereses coincidan con los de los acreedores no garantizados, por lo que puede ser adecuado permitir que este tipo de acreedores participe en el comité o que tenga derecho a votar en el órgano general de los acreedores, al menos en la medida en que sus créditos no estén

suficientemente amparados por una garantía. En los procedimientos de reorganización, los acreedores garantizados tendrán interés en negociar con el deudor y con otras partes, especialmente si sus derechos pueden verse modificados por un plan de reorganización, o si sus respectivos bienes gravados pueden ser cruciales para el éxito de la ejecución del plan.

3. Funciones que deben desempeñar los acreedores

445. Como ya se ha indicado, las funciones que deben desempeñar los acreedores varían sustancialmente entre los regímenes de la insolvencia. En general, para definir las funciones de los acreedores debe tenerse en cuenta la concepción general del régimen de la insolvencia pertinente, así como el equilibrio que se desee establecer entre las funciones del tribunal, del representante de la insolvencia, del deudor y de los acreedores, especialmente en materia de control y supervisión.

446. En algunos casos, los acreedores desempeñan una función consultiva general y el representante de la insolvencia puede remitirles cuestiones, sin quedar por ello vinculado a las decisiones de aquéllos. En otros regímenes, los acreedores pueden desempeñar funciones específicas respecto de la sustanciación del procedimiento, que pueden comprender la cooperación y coordinación con el representante de la insolvencia. Es posible que este último tenga que consultar esas cuestiones con los acreedores antes de tomar una decisión, o que los acreedores tengan el poder decisorio. Otra función que pueden desempeñar los acreedores es la de supervisar los actos y decisiones del representante de la insolvencia. Las cuestiones de interés para los acreedores pueden ser todas o algunas de las siguientes: el mantenimiento de la empresa en liquidación; la financiación posterior a la apertura del procedimiento; la verificación de los créditos; la remuneración de los profesionales, incluido el representante de la insolvencia; el ejercicio del poder de impugnación; el régimen aplicable a un procedimiento judicial en el que el deudor sea parte en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia; el examen y la aprobación de un plan de reorganización; el nombramiento de un comité o de representantes de los acreedores; la supervisión de los actos del representante de la insolvencia; la distribución de los bienes y el estudio (y aprobación) del informe final y de la contabilidad del representante de la insolvencia.

447. Cuando las decisiones de los acreedores no son vinculantes para el representante de la insolvencia, los regímenes de la insolvencia disponen con frecuencia que el representante de la insolvencia deba solicitar la aprobación previa del tribunal para llevar a cabo determinados actos, o que los acreedores puedan solicitar al tribunal que emita instrucciones preceptivas para el representante de la insolvencia (o solicitar la sustitución del representante de la insolvencia cuando éste incumpla sus obligaciones o actúe en detrimento de los intereses de los acreedores). En caso de desacuerdo entre los acreedores y el representante de la insolvencia, muchos regímenes otorgan precedencia a la decisión adoptada en una reunión de acreedores. La intención es similar cuando se exige consultar a los acreedores sobre cualquier decisión que requiera la aprobación del tribunal.

448. Cuando en el régimen de la insolvencia se faculte a los acreedores para impugnar los actos o decisiones del representante de la insolvencia y cuando éste desapruebe o rechace la impugnación, las vías de recurso de que dispondrán los acreedores y los requisitos procesales y probatorios aplicables dependerán

generalmente en gran medida del papel que en el régimen se asigne a los acreedores en el procedimiento de insolvencia.

449. Cuando el régimen prevé que la junta general de acreedores o el comité de acreedores deban supervisar o aprobar los actos o las decisiones del representante de la insolvencia, los acreedores pueden gozar de un alto grado de protección. Sin embargo, cuando el ejercicio de esa función de supervisión o aprobación añade etapas al procedimiento de administración de la masa de la insolvencia, puede suceder que el procedimiento resulte más oneroso y que se socave su eficacia. Por esas razones, será necesario que en un régimen de la insolvencia se trate de compaginar el grado requerido de supervisión o aprobación de los acreedores (lo que entraña definir los actos y las decisiones sujetos a aprobación el procedimiento para obtener esa aprobación) con el grado de independencia del representante de la insolvencia y con la necesidad de que el procedimiento de insolvencia se sustancie de forma rápida y económica. El peso relativo de esos dos factores a veces concurrentes varía de un régimen a otro. Otros factores pertinentes que podrán tenerse en cuenta al elaborar un régimen de la insolvencia son el grado de supervisión judicial del procedimiento de insolvencia y de la actuación del representante de la insolvencia y la forma de equilibrar esa función con la participación de los acreedores.

450. Con independencia de las funciones que deban desempeñar los acreedores, es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca con claridad si los acreedores tienen la obligación de cumplir cada una de las funciones que se determinen, o si algunas de ellas son discrecionales, y que especifique la interacción que habrá entre las funciones respectivas de los acreedores y del representante de la insolvencia.

4. Juntas de acreedores

451. Muchos regímenes de la insolvencia disponen que los acreedores desempeñen sus funciones en el marco de juntas generales de acreedores. Como ya se ha indicado anteriormente (véase el capítulo I.B), todo régimen de la insolvencia debe exigir que se notifique a los acreedores la apertura de un procedimiento de insolvencia (ya sea mediante una comunicación personal, un anuncio en la prensa o cualquier otro medio) y que en esa notificación se incluya información sobre diversas cuestiones, como detalles sobre toda reunión inicial de acreedores que deba convocar el tribunal o el representante de la insolvencia en un plazo preestablecido, tras la apertura del procedimiento (los plazos que prevén los regímenes de la insolvencia oscilan entre cinco días y un mes a contar desde la fecha de apertura del procedimiento). Según varios regímenes de la insolvencia, esa junta inicial será la única reunión de todos los acreedores que se llevará a cabo. Sin embargo, no todos los regímenes exigen que se convoque tal reunión.

452. Los regímenes que prevén juntas posteriores de los acreedores regulan de diversos modos su convocatoria. Algunos regímenes facultan al tribunal o al representante de la insolvencia para convocar otras juntas con objetivos concretos; otros disponen, en cambio, que tanto los acreedores como el representante de la insolvencia, y en algunos casos excepcionales el deudor, podrán convocar juntas especiales, según sea necesario. Cuando un régimen de la insolvencia permite a los acreedores convocar una junta, impone a veces restricciones, determinando el

momento en que los acreedores podrán convocar una junta o fijando los requisitos que habrán de cumplirse para poder convocar la junta. Puede requerirse, por ejemplo, que haya transcurrido un determinado período de tiempo tras la adopción de una determinada medida en el procedimiento, o que el representante de la insolvencia haya realizado algún acto o adoptado una decisión concreta, o que el representante de la insolvencia se haya abstenido de actuar. Algunos regímenes también prevén que sólo podrán convocar una junta los acreedores cuyos créditos representen un determinado porcentaje del valor o del número total de los créditos por cobrar (por ejemplo, un 10% del valor de los créditos, un 25% o más del número de créditos, o al menos el 25% de los créditos no garantizados). Otro criterio consiste en otorgar a cualquier parte interesada el derecho a solicitar al tribunal que convoque una junta de acreedores.

453. Es conveniente que todos los acreedores tengan derecho a expresar su punto de vista sobre las cuestiones que se examinen en una junta de acreedores. Cuando se requiera una votación, es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca las condiciones para poder votar y los mecanismos para ejercer tal derecho, especificando, en especial, si los acreedores deben asistir personalmente a la junta para poder votar o si lo pueden hacer a través de mandatarios o por otros medios, como el correo electrónico o Internet. Si entre los acreedores de un deudor figuran ciertas categorías de acreedores, como los titulares de obligaciones bursátiles públicas, tal vez convenga prever normas especiales para facilitar su participación en el procedimiento, en especial, cuando los acreedores de esa categoría sean numerosos. Sería conveniente, por ejemplo, permitir que los votos de los representantes debidamente autorizados se contabilizaran a efectos del cumplimiento de los requisitos de un número o porcentaje mínimo de acreedores en las juntas generales de acreedores. Cabría seguir los mismos criterios para establecer los requisitos para el voto; la imposición de requisitos para poder participar, como el de votación en persona, podría complicar sobremanera el procedimiento de la insolvencia si en el pasivo del deudor figuran bonos cotizados en bolsa.

454. También puede ser conveniente que un régimen permita a los acreedores establecer las normas que rijan la celebración de las juntas de acreedores para facilitar su participación en ellas y cuando sea conveniente habida cuenta de las funciones que deban desempeñar los acreedores en el procedimiento. Esas normas podrían regir las cuestiones como los requisitos para poder asistir a tales reuniones y participar en ellas, el quórum, la elección del presidente y el modo en que se llevarán a cabo tales reuniones.

5. Comité de acreedores

455. En algunos regímenes de la insolvencia el establecimiento de un comité de acreedores o la elección o el nombramiento de un representante de los acreedores tienen por objeto fomentar una participación activa de los acreedores en el procedimiento de la insolvencia, ya sea de liquidación o de reorganización. Es posible que no se precise un comité de acreedores u otra forma de representación de los acreedores en todos los casos de insolvencia, pero tal representación puede ser conveniente, por ejemplo, cuando haya un gran número de acreedores, cuando éstos tengan intereses muy dispares o cuando lo aconsejen o requieran otras características del caso (por ejemplo, para restringir gastos monetarios y ganar

tiempo). Algunos regímenes de la insolvencia prevén que los acreedores decidan sobre la oportunidad de nombrar un comité o un representante, mientras que otros regímenes disponen que el tribunal nombre un comité o representante con la función de ayudar a supervisar los actos del representante de la insolvencia. Sea cual sea el método de nombramiento, el comité de acreedores debería poder actuar con independencia respecto del representante de la insolvencia a fin de representar justa e imparcialmente los intereses de los acreedores.

456. Si se establece un comité de acreedores, será necesario estudiar en qué medida el patrimonio de la insolvencia cubrirá los costos del comité. Algunos regímenes de la insolvencia permiten que los acreedores establezcan comités oficiosos no reconocidos formalmente por el tribunal ni por el representante de la insolvencia, y cuyos costos no sean sufragados con cargo a la masa, sino por los propios acreedores; otros regímenes prevén, en cambio, que los costos del comité de acreedores se cubran con fondos de la masa. La cuestión de quién deberá sufragar esos gastos está estrechamente vinculada a las funciones del comité, a la posibilidad de que las funciones que, conforme al régimen de la insolvencia, deban desempeñar los acreedores puedan ser ejercidas por un comité y a los factores que determinen si deberá formarse un comité en un procedimiento. Cuando los costos corran a cargo de la masa de la insolvencia, es conveniente que el tribunal tenga la potestad de limitar los gastos excesivos.

a) Acreedores que podrán formar parte del comité

457. Todo régimen de la insolvencia que prevea el establecimiento de un comité de acreedores deberá determinar qué acreedores tendrán derecho a formar parte de él. Esta cuestión se regula de diferentes maneras. Algunos regímenes de la insolvencia disponen, por ejemplo, que sólo podrán ser nombrados miembros del comité los acreedores cuyos créditos hayan sido admitidos (por el tribunal o por el representante de la insolvencia, según lo que establezca el procedimiento de admisión), mientras que otros regímenes prevén que se constituya un comité provisional, del que todos los acreedores puedan formar parte, hasta que se verifiquen y admitan todos los créditos. Otros regímenes de la insolvencia limitan la participación de los acreedores en el comité en función del lugar en que se encuentren. Sin embargo, a fin de garantizar la igualdad de trato de los acreedores, es conveniente que puedan formar parte del comité los acreedores cuyos créditos sólo se hayan admitido provisionalmente y los acreedores extranjeros.

458. El segundo criterio es el de los tipos de acreedores que pueden estar representados en el comité. Si bien por lo general en el comité sólo están representados los acreedores con créditos no garantizados, en algunos regímenes se reconoce que puede haber casos en que se justifique crear, además, un comité de acreedores garantizados. Ese criterio se basa en el hecho de que los intereses de los dos tipos de acreedores no siempre coinciden y en la posibilidad de que, al poder participar en el comité e influir en sus decisiones, los acreedores garantizados no siempre favorezcan o satisfagan los intereses de otros acreedores. Sin embargo, también se reconoce que, en determinadas circunstancias, como ya se ha señalado (véase b) vi)), la participación de los acreedores garantizados puede ser conveniente.

459. En otros casos se dispone que las dos clases de acreedores estén representadas en el mismo comité. En esos regímenes se considera que, como el comité de acreedores participa en el proceso decisorio y adopta decisiones importantes, no se debe excluir a los acreedores garantizados de la adopción de decisiones importantes que pueden afectar a sus intereses (especialmente, cuando el valor de los bienes constituidos en garantía para este tipo de acreedores sea inferior al valor de sus respectivos créditos). Otro enfoque puede consistir en no especificar en el régimen qué acreedores deben estar representados en determinado caso, y permitir a los acreedores que elijan colectivamente a sus propios representantes entre los acreedores que estén dispuestos a actuar (para tener en cuenta el frecuente problema de la apatía de los acreedores), previendo a la vez la posibilidad de aumentar o reducir el número de miembros del comité, según sea necesario. Cuando los tipos de acreedores que debieran estar representados fueran demasiado distintos para conjugar todos sus intereses en un único comité, por ejemplo, grupos que representen intereses especiales, como los acreedores extracontractuales y los accionistas, el régimen de la insolvencia podría prever que se constituyeran distintos comités en los que estuvieran representados diferentes intereses. No obstante, es conveniente que sólo se recurra a ese mecanismo en casos especiales para evitar gastos innecesarios y la posibilidad de que el mecanismo de representación de los acreedores se vuelva incontrolable.

460. La participación en el comité de los titulares de valores y obligaciones y de los acreedores vinculados al deudor puede ser una cuestión controvertida, especialmente cuando el comité pueda afectar, con sus decisiones, a los derechos de los acreedores garantizados o cuando los titulares de valores u obligaciones tengan vínculos con la dirección de la empresa del deudor. No obstante, habrá casos en que esas partes no conozcan a los directivos de la empresa ni tengan vínculos directos con ellos, si son inversionistas sin relación ni acceso directos a la dirección de la empresa. En esos casos, puede haber razones imperiosas para permitirles que participen en el procedimiento por conducto de su propio comité. Tal vez sea necesario excluir también de un comité a otros acreedores que puedan tener conflictos de intereses (como los competidores del deudor, cuyo interés personal puede afectar a su imparcialidad al ejercer sus funciones en el comité), a fin de garantizar que el comité pueda desempeñar sus funciones con imparcialidad e independencia en nombre del cuerpo de acreedores.

461. Puede surgir un problema análogo con las partes que adquieran los créditos de los acreedores. Esos compradores pueden estar relacionados con el deudor o pueden ser terceros que no tengan derechos especiales sobre la empresa del deudor. Esas compras hechas por terceros pueden dar lugar a problemas si esos terceros tienen acceso a información delicada o de carácter confidencial que puede tener valor en el mercado secundario de deudas; al mismo tiempo, las compras hechas por personas allegadas plantean la cuestión de si la persona allegada debe tener derecho a reclamar el valor nominal original del crédito o sólo la cuantía que pagó efectivamente por él (cuando esas sumas no coincidan), lo cual puede afectar al derecho de voto, si este último está en función del valor de los créditos.

462. Para obviar estos posibles problemas, el régimen de la insolvencia podría especificar las partes que no tendrán derecho a participar en un comité de acreedores ni a votar sobre determinadas cuestiones, como la designación de un representante de la insolvencia o la aprobación de un plan de reorganización.

b) Formación del comité de acreedores

463. Cuando la ley prevé el establecimiento de un comité de acreedores, suele regular también la forma en que deberá constituirse, el alcance y la amplitud de sus obligaciones, sus reglamentaciones y su funcionamiento, concretamente los criterios para poder votar y los poderes correspondientes, el quórum y la dirección de los debates, así como el relevo y la sustitución de sus miembros. Puede ser conveniente incluir en el régimen de la insolvencia disposiciones sobre algunas de estas cuestiones, especialmente respecto de los criterios para poder votar, los deberes, el relevo y la sustitución de sus miembros, no sólo para evitar controversias y garantizar la confidencialidad, sino también para establecer procedimientos transparentes y previsibles. El comité puede adoptar reglas de procedimiento que regulen otras cuestiones, como los procedimientos de votación y las mayorías; el procedimiento a seguir en las reuniones; la elección del presidente del comité; y la solución de controversias.

464. Los miembros del comité pueden nombrarse de diversos modos, que dependen en gran medida de las funciones que se atribuyan a un determinado comité de acreedores. En muchos casos, los acreedores deben nombrar los miembros del comité, por lo general en la primera reunión de acreedores, o una vez que el representante de la insolvencia haya facilitado información preliminar sobre el deudor. La designación del comité por los propios acreedores puede promover la confianza y la participación de éstos en el proceso de la insolvencia. Algunos ordenamientos jurídicos permiten que el tribunal designe los miembros del comité de acreedores, ya sea por iniciativa propia o a instancia de los acreedores o del representante de la insolvencia. Este criterio puede presentar varios inconvenientes como la posible falta subjetiva de imparcialidad, así como la falta de equidad y de transparencia; los acreedores tal vez no tengan confianza en un régimen que no promueva su participación ni les permita elegir a sus propios representantes; además, es posible que no contribuya a resolver el problema generalizado de la apatía de los acreedores. Por otra parte, ese criterio puede contribuir a simplificar el procedimiento de constitución de comités de acreedores y puede reducir las posibles controversias entre ellos, que pueden ocasionar demoras y gastos. La elección de uno de estos diferentes criterios puede depender del grado de supervisión del procedimiento que ejerza el tribunal y de su grado de intervención en los asuntos cotidianos, y también de si los acreedores deben asumir un papel activo en el ejercicio de funciones que no se limiten al asesoramiento del representante de la insolvencia.

465. Con objeto de facilitar la administración del comité, algunas legislaciones sobre la insolvencia regulan el número de miembros que deberá tener, que generalmente será impar a fin de evitar empates y de garantizar una mayoría en las votaciones, y que, en algunos casos, sólo será de tres o cinco personas. Cuando el comité consta únicamente de acreedores no garantizados, algunos regímenes sólo permiten que puedan formar parte de él los acreedores no garantizados con los créditos de mayor cuantía. Este tipo de acreedores puede determinarse de diversos modos, por ejemplo, exigiendo al deudor que enumere en una lista sus acreedores más importantes o remitiéndose a la lista de acreedores que deberá preparar el deudor. Puede ser necesario supervisar la labor del comité para cerciorarse de que cumple su función de representar equitativamente a los acreedores cuando el

régimen de la insolvencia atribuya al comité funciones importantes; esa tarea de supervisión puede encomendarse al representante de la insolvencia o al tribunal.

c) Funciones del comité de acreedores

466. Por lo general, el comité de acreedores desempeñará sus funciones en nombre de los acreedores y, por lo tanto, esas funciones estarán directamente vinculadas a las funciones generales otorgadas a los acreedores, como ya se ha indicado. Sin embargo, las facultades y funciones atribuidas al comité de acreedores no deberían menoscabar los derechos de los acreedores en su conjunto a seguir participando en el procedimiento de insolvencia o a intervenir en él de alguna otra forma. En lo que respecta al proceso decisorio, el comité de acreedores desempeñará generalmente una función de asesoramiento, formulando recomendaciones a los acreedores sobre las decisiones que habrán de adoptarse respecto de cuestiones clave, pero normalmente no estará facultado para adoptar importantes decisiones en nombre de los acreedores. Si bien el comité de acreedores deberá actuar respecto del representante de la insolvencia, cuando se nombre uno, o respecto del deudor en posesión del negocio, cuando el régimen de la insolvencia adopte ese enfoque en procedimientos de reorganización, el comité debería poder actuar con toda independencia respecto de esas partes al representar los intereses de los acreedores.

467. Los regímenes de la insolvencia prevén que el comité de acreedores desempeñe una serie de funciones como las de informar al representante de la insolvencia de las aspiraciones de los acreedores respecto de cuestiones como la venta de bienes importantes y la formulación del plan de reorganización, mantener consultas con el representante de la insolvencia y otros participantes en el proceso, como los directivos de la empresa del deudor, participar en la elaboración de un plan de reorganización e, incluso, supervisar la labor del representante de la insolvencia. Estas funciones podrán ser establecidas por el régimen de la insolvencia, ordenadas por el tribunal o definidas en cooperación con el representante de la insolvencia.

468. Como se ha señalado ya respecto de los acreedores en general, el comité deberá tener acceso a la información actualizada sobre el deudor y su situación financiera de que disponga el representante de la insolvencia, y también deberá poder expresar su opinión y las de los propios acreedores sobre las cuestiones que entren en el ámbito de sus funciones o que afecten a los intereses de los acreedores. Para desempeñar sus funciones, el comité también puede requerir asistencia administrativa y pericial, pero la necesidad de tal asistencia debería estar claramente relacionada con las funciones asignadas al comité. El régimen podría exigir al comité que pidiera autorización al representante de la insolvencia o al tribunal para contratar un secretario y, si las circunstancias lo justifican, consultores y profesionales. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que los costos ocasionados por la contratación de asistentes, incluida su remuneración, sean sufragados con cargo al patrimonio de la insolvencia, mientras que otras legislaciones disponen que los acreedores deberán sufragar sus propios gastos de participación en el procedimiento de insolvencia. Si un régimen prevé que tales costos deban ser sufragados con cargo a la masa de la insolvencia, es conveniente que el tribunal ejerza cierto control no sólo sobre la decisión de contratar a tales profesionales, sino también sobre los demás costos y cargas que entrañe la contratación.

d) Responsabilidad del comité de acreedores

469. El comité debe responder ante los acreedores en general. No debe tener ninguna responsabilidad ni obligación fiduciaria frente a los propietarios de la empresa insolvente. Es conveniente que el régimen de la insolvencia exija que el comité actúe de buena fe y que exima a sus miembros de responsabilidad respecto de los actos que realicen y de las decisiones que adopten como tales, a menos que se demuestre que han actuado de manera fraudulenta o dolosa o que han incumplido una de sus obligaciones fiduciarias frente a los acreedores que representan, por ejemplo, obteniendo beneficios de la administración de la masa de la insolvencia o adquiriendo bienes del patrimonio de la insolvencia sin la aprobación previa del tribunal. El criterio de responsabilidad adoptado respecto del comité puede distinguirse del que se aplica al representante de la insolvencia, puesto que los miembros del comité no deben cumplir ningún requisito de conocimientos especializados y desempeñan sus funciones de forma voluntaria y sin remuneración. Al reglamentar la cuestión de la responsabilidad del comité, tal vez haya que establecer un término medio entre, por una parte, un grado excesivo de responsabilidad que promueva la apatía de los acreedores y les reste incentivos para participar y, por otra, un grado insuficiente de responsabilidad que pueda dar lugar a abusos e impedir que el comité funcione con eficiencia como órgano representativo.

e) Destitución y sustitución de los miembros del comité

470. En la elaboración de un régimen de la insolvencia tal vez convenga examinar los motivos que podrían justificar la destitución de un miembro del comité de acreedores y establecer un mecanismo para su sustitución. Entre esos motivos podrían figurar la negligencia grave, la carencia de las aptitudes necesarias, la incompetencia, la ineficiencia, la falta de independencia o los conflictos de intereses. El procedimiento de destitución y sustitución dependerá generalmente del procedimiento adoptado para el nombramiento de los miembros del comité de acreedores, que pueden ser designados por el tribunal o elegidos por los propios acreedores. También será conveniente prever disposiciones para sustituir a los miembros del comité que renuncien a su condición de miembros o que ya no puedan seguir desempeñando sus funciones, como en el caso de enfermedad grave o de fallecimiento.

6. Cuestiones que requieren una votación

471. El régimen de la insolvencia deberá indicar las cuestiones que requieran una votación de los acreedores, así como establecer los requisitos aplicables a las votaciones en cada caso.

472. Cuando las medidas que se hayan de adoptar durante el procedimiento puedan tener una gran trascendencia para el conjunto de los acreedores, es conveniente que todos ellos (y no sólo los miembros del comité) tengan derecho a que se les notifiquen esas medidas y a votar sobre ellas. Las medidas pueden comprender la elección del representante de la insolvencia en los casos en que la ley atribuya a los acreedores esa función; la aprobación del plan de reorganización; la aprobación de la financiación posterior a la apertura del procedimiento; y otros actos importantes como la venta de bienes valiosos.

473. El procedimiento de votación puede regularse de diversos modos, según la naturaleza de la cuestión que deba decidirse. En algunas legislaciones se dispone que el voto deberá emitirse en persona en una junta de acreedores, en tanto que en otras se dispone que cuando haya un gran número de acreedores o cuando éstos no sean residentes locales, se pueda votar por correo o por poder. Cuando exista un gran número de acreedores se pondrá en duda la idoneidad del requisito de votar en persona, en especial cuando haya muchos acreedores que sean, por ejemplo, titulares de obligaciones bursátiles públicas. Será cada vez más aconsejable permitir que la votación se realice a través de medios electrónicos de comunicación, incluidos los correos electrónicos e Internet, que pueden imponer estrictas salvaguardias.

474. En las legislaciones se regulan de diversos modos los tipos de votaciones cuyos resultados serán vinculantes para los acreedores. Algunos regímenes hacen una distinción entre los tipos de decisiones que cabe adoptar. Para la adopción de decisiones de mayor importancia, como la aprobación de un plan de reorganización, puede requerirse el voto favorable de acreedores cuyos créditos representen un determinado porcentaje del valor total de los créditos, o de un determinado número de acreedores (véase el capítulo IV de la segunda parte). Algunas veces se exige contar con una mayoría basada en un porcentaje del valor de los créditos para casi todas las decisiones, y una mayoría basada no sólo en dicho valor sino también en un porcentaje de acreedores para decisiones como la elección o destitución del representante de la insolvencia o la contratación de determinados profesionales por parte de éste. En otros países se considera suficiente una mayoría simple para cuestiones como la elección o destitución del representante de la insolvencia. En algunos regímenes también se determinan las cuestiones que requieren a la vez el apoyo de los acreedores garantizados y el de los no garantizados; en esos países, los acreedores garantizados sólo podrán votar cuando se trate de cuestiones concretas, como la elección del representante de la insolvencia, y de cuestiones que afecten a su garantía.

7. Confidencialidad

475. Como ya se ha señalado (capítulo III.A y B), es conveniente que el régimen de la insolvencia imponga la obligación de confidencialidad tanto al deudor como al representante de la insolvencia. Por razones similares, puede ser oportuno prever también las circunstancias en que los acreedores deban cumplir ese deber de confidencialidad. En el transcurso de un procedimiento de insolvencia, los acreedores estarán generalmente en una situación que les permitirá obtener abundante información sobre el deudor y su empresa, gran parte de la cual puede ser delicada desde el punto de vista comercial. Si bien en una liquidación, habida cuenta de sus consecuencias, es posible que los acreedores no tengan muchas oportunidades de beneficiarse injustamente de esa información (o de perjudicar al deudor), la situación puede variar si se trata de una reorganización. En tal caso, pueden darse circunstancias en que los acreedores utilicen esa información para hacer fracasar un plan ya convenido. Por estas razones, puede ser conveniente imponer a los acreedores y al comité de acreedores (y a cualquier profesional contratado por éste) un deber de confidencialidad en virtud del cual sólo puedan utilizar la información obtenida en el transcurso del procedimiento a efectos de la administración del mismo, salvo que el tribunal decida otra cosa. En los casos en que se nombre un comité de acreedores (y éste contrate asesores profesionales), se

podrá formalizar ese deber exigiendo a los miembros del comité (y a los asesores profesionales) que firmen acuerdos de confidencialidad.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre la participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia tienen por objeto:

a) facilitar la participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia;

b) prever un mecanismo para el nombramiento de los miembros de un comité de acreedores o de otro representante de los acreedores si con ello se facilita la participación de los acreedores en el procedimiento de la insolvencia;

c) garantizar a los acreedores el derecho de acceso a información sobre el procedimiento de insolvencia;

d) especificar las funciones y responsabilidades del comité de acreedores.

Contenido de las disposiciones legales

Derecho de las partes interesadas a ser oídas (véase la recomendación 121)

Participación de los acreedores

110) El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores, estén o no amparados por una garantía, tendrán derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, e indicar las funciones que, en el ejercicio de ese derecho, podrán tener que desempeñar.

Votaciones de los acreedores

111) El régimen de la insolvencia debería concretar las cuestiones sobre las que los acreedores deberán votar, y determinar los requisitos que deberán cumplir los acreedores para poder votar y otros requisitos para las votaciones. En particular, el régimen de la insolvencia debería exigir que los acreedores se pronuncien sobre todo plan de reorganización propuesto, aprobándolo o rechazándolo.

Convocatoria de juntas de acreedores

112) La ley podrá requerir que se convoque una primera junta de acreedores en un determinado período, una vez abierto el procedimiento, para debatir ciertas cuestiones. La ley también podrá permitir que el tribunal, el representante de la insolvencia o los acreedores titulares de créditos no garantizados cuyo valor represente un (especificar porcentaje) del valor total de los créditos puedan solicitar la convocatoria de una junta de acreedores en general. El régimen de la insolvencia debería especificar a qué parte corresponderá la obligación de notificar la convocatoria a los acreedores. La ley podrá determinar las circunstancias en las que se podrá convocar dicha reunión de acreedores.

Representación de los acreedores

113) El régimen de la insolvencia debería facilitar la participación activa de los acreedores en el procedimiento de la insolvencia mediante un comité de acreedores u otro mecanismo de representación[86]. El régimen de la insolvencia debería especificar si es preciso establecer un comité o prever otra forma de representación de los acreedores en todos los procedimientos de insolvencia. Si en un procedimiento hay acreedores de diversas categorías y con intereses muy distintos y si su participación no se verá facilitada por el nombramiento de un único comité o representante, la ley podrá prever el nombramiento de diferentes comités de acreedores o representantes.

114) Cuando la ley permita el nombramiento de un comité de acreedores o de un representante, debería describirse claramente la relación entre los acreedores y el comité de acreedores o el representante[87]. El régimen de la insolvencia debería especificar el modo en que habrán de pagarse los gastos del comité de acreedores.

- Acreedores que podrán formar parte de un comité

115) El régimen de la insolvencia debería determinar los requisitos que deberán cumplir los acreedores para formar parte del comité. Entre los acreedores que no podrían ser nombrados miembros del comité de acreedores figurarían las personas allegadas y las que, por alguna razón, no serían imparciales. El régimen de la insolvencia debería especificar si, para que un acreedor tenga derecho a ser nombrado miembro del comité, es preciso que su crédito ya haya sido admitido [provisionalmente o de otra forma].

- Mecanismo de nombramiento de los miembros del comité de acreedores

116) El régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo para el nombramiento de los miembros de comités de acreedores. Algunas de las posibilidades consisten en que sean seleccionados por los propios acreedores o en que los designe el tribunal u otro órgano administrativo.

- Derechos y funciones del comité de acreedores

117) El régimen de la insolvencia debería definir los derechos y funciones del comité de acreedores en el procedimiento de insolvencia, que pueden consistir en:

a) prestar asesoramiento y asistencia al representante de la insolvencia o al deudor en posesión del negocio;

---

[86] Véase la recomendación 97) y la permanencia en funciones del deudor en caso de reorganización. Si el deudor continúa en posesión de la empresa, el comité de acreedores desempeñará una importante función de supervisión de las actividades del deudor y, de ser necesario, presentará informes al respecto.

[87] En particular, El régimen de la insolvencia debería especificar la distribución de las funciones y poderes entre los acreedores y el comité de acreedores, así como el mecanismo para resolver las controversias que surjan entre los acreedores y el comité de acreedores.

b) participar en la elaboración del plan de reorganización, en la venta de bienes importantes y en otras cuestiones en las que las categorías de acreedores que represente tengan intereses, según lo ordene el tribunal o según se determine en cooperación con el representante de la insolvencia;

c) interrogar al representante de la insolvencia en cualquier momento.

- Empleo y remuneración de profesionales por parte del comité de acreedores

118) El régimen de la insolvencia debería permitir al comité de acreedores, con la aprobación del tribunal, seleccionar, contratar y remunerar a los profesionales que pudieran necesitarse para ayudar al comité de acreedores a desempeñar sus funciones. El régimen de la insolvencia debería especificar cómo se sufragarán los gastos y la remuneración de esos profesionales.

- Responsabilidad de los miembros del comité de acreedores

119) El régimen de la insolvencia debería especificar que los miembros de un comité de acreedores estarán exentos de responsabilidad por los actos que realicen como miembros del comité, a menos que se demuestre que han actuado fraudulentamente o que han incurrido en una conducta dolosa.

- Destitución y sustitución de los miembros del comité de acreedores

120) El régimen de la insolvencia debería especificar los motivos por los que podrá destituirse un miembro del comité de acreedores y prever las disposiciones necesarias para proceder a su sustitución[88].

D. Derecho de la parte interesada a ser oída y a apelar

1. Derecho a ser oído

476. En la mayoría de los regímenes, los acreedores, como principales beneficiarios de la masa de la insolvencia, y otras partes interesadas gozan de cierto poder para controlar tanto la forma en que se administra masa de la insolvencia como el modo en que el representante de la insolvencia cumple sus funciones. El representante de la insolvencia, el deudor, el acreedor, el comité de acreedores u otra parte interesada podrán solicitar una medida judicial de compensación, exoneración o de otra índole, conforme al régimen de la insolvencia, o podrá oponerse a las solicitudes análogas que presenten otras partes. Cada una de esas partes deberá gozar del derecho a ser oída cuando vea afectados sus derechos, sus títulos sobre bienes o sus deberes dimanantes del régimen de la insolvencia. Cuando un tribunal dicta una decisión relacionada con la administración de la masa, la parte cuyos intereses se vean afectados puede normalmente presentar un recurso contra esa decisión ante un tribunal superior, aunque en algunos regímenes ciertos tipos de decisiones no son apelables (por ejemplo, las decisiones por las que se designa al juez supervisor o por las que se abre el procedimiento de insolvencia).

[88] El ejercicio del poder de destitución dependerá del método utilizado para el nombramiento del comité.

2. Procedimientos de revisión

477. La forma de regular el procedimiento de administración de la masa de la insolvencia dependerá en gran parte de las normas que rijan las actuaciones del representante de la insolvencia, los derechos y obligaciones del deudor en virtud del régimen de la insolvencia, y la participación activa de los acreedores en el procedimiento de administración, ya sea por separado o a través de un comité de acreedores. Por ejemplo, en los regímenes en que se disponga que el representante de la insolvencia deberá obtener la aprobación de los acreedores, o de sus representantes, antes de poder realizar determinados actos, el hecho de que los acreedores intervengan directamente en el proceso decisorio hará generalmente innecesario que esos actos estén sujetos a un procedimiento de revisión por parte de los acreedores, salvo cuando el representante de la insolvencia haya inducido a error a los acreedores.

478. Cuando no se disponga que los actos del representante de la insolvencia deben ser aprobados previamente por los acreedores, tal vez sea necesario instituir un procedimiento de revisión por parte de los acreedores. Puede ser conveniente establecer también un procedimiento de revisión formal de los actos del representante de la insolvencia que afecten a otras partes interesadas.

479. La mayor parte de los regímenes de la insolvencia prevén que las partes interesadas presenten sus solicitudes de compensación o exoneración o sus impugnaciones ante los tribunales. En algunos regímenes se permite que un acreedor entable una acción a título individual, en tanto que en otros se establece que, para tener derecho a entablar una acción, el acreedor o los acreedores disconformes deben representar un determinado porcentaje del número total de acreedores o un porcentaje del valor total de la deuda, o se exige incluso que la acción sea interpuesta por el comité de acreedores o por los acreedores en general. La aplicación de uno u otro requisito suele depender de los motivos que dan lugar a la impugnación. Otras partes interesadas tendrán derecho a presentar una impugnación o una solicitud de compensación o exoneración cuando vean afectados sus derechos, sus títulos sobre bienes u sus obligaciones dimanantes del régimen de la insolvencia. Tal como ya se ha señalado, es necesario hallar un término medio entre el derecho de las partes a ser oídas y la necesidad de dar eficiencia a la administración del procedimiento de insolvencia.

3. Derecho de apelación

480. La parte interesada cuya solicitud de compensación o exoneración haya sido rechazada, o que se haya opuesto sin éxito a una solicitud o acto de otra parte, deberá tener derecho a apelar ante un tribunal superior si considera que la decisión del primer tribunal ha sido errónea. La mayoría de los sistemas judiciales prevén una jerarquía de tribunales de apelación, así como procedimientos de apelación. Convendría prever una estructura similar para el tribunal competente que administre el régimen de la insolvencia y para las resoluciones que dicte.

Recomendaciones

Derecho de las partes interesadas a ser oídas

121) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada tendrá derecho a ser oída respecto de cualquier cuestión del procedimiento de insolvencia que afecte a sus derechos, obligaciones o intereses. Por ejemplo, la parte interesada está legitimada para:

a) impugnar cualquier acto que requiera aprobación judicial;

b) solicitar que el tribunal revise cualquier acto que no requiera aprobación judicial o cuya aprobación no haya sido solicitada al tribunal;

c) solicitar cualquier medida de compensación o exoneración que pueda reclamar en virtud del procedimiento de insolvencia.

Derecho de apelación[89]

122) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada podrá apelar cualquier resolución del tribunal que afecta sus derechos, obligaciones o intereses.

IV. Reorganización

A. El plan de reorganización

1. Introducción

481. Los regímenes de la insolvencia regulan por lo general diversos detalles relacionados con el plan de reorganización, como su naturaleza o forma, el momento en que debe prepararse, quién está capacitado para prepararlo, qué debe figurar en él, cómo deberán aprobarlo los acreedores (y confirmarlo los tribunales, cuando lo requiera el régimen); los efectos del plan y la forma en que deberá ejecutarse.

482. Los planes de reorganización desempeñan diversas funciones según los distintos tipos de procedimiento. En algunos, el plan puede ser la etapa final del procedimiento de reorganización, en que se dispone el pago de un dividendo íntegro y la liquidación final de todas las deudas (lo que se denomina también transacción o plan de avenencia) y la estructura definitiva de la empresa una vez concluida la reorganización. En otros, el plan puede proponerse al abrirse el procedimiento y en él pueden determinarse la forma en que deberá tratarse al deudor y a la empresa durante el período de reorganización, casi como si se tratara de un plan de negocios, así como los dividendos previstos y las fechas de pago. También pueden darse circunstancias en que se prepare una especie de plan de reorganización durante un

[89] De conformidad con sus objetivos fundamentales, el régimen de la insolvencia debería disponer que las apelaciones en los procedimientos de insolvencia no dejarán en suspenso las decisiones recurridas, a menos que así lo determine el tribunal. Ello permitiría que los casos de insolvencia puedan abordarse y resolverse de forma ordenada, rápida y eficiente y sin perturbaciones indebidas. Los plazos para presentar apelaciones deberían ajustarse a los plazos previstos en el derecho general aplicable, aunque en la insolvencia convendría que esos plazos fueran más breves para evitar interrupciones de los procedimientos.

procedimiento de liquidación en que la empresa haya de venderse como negocio en marcha. Este plan puede prever cuestiones como el calendario y el método para efectuar las distribuciones provisionales. En el siguiente análisis se examinan las cuestiones que se plantearían en un plan propuesto después de la apertura del procedimiento, así como la gestión de la empresa durante la reorganización y la propuesta de modificar los derechos de las partes para atender a la situación financiera del deudor. Estas consideraciones, aunque tal vez no todas ellas, serán también pertinentes para otros tipos de plan.

2. Naturaleza o forma del plan

483. El objetivo de la reorganización es lograr que los acreedores perciban la máxima cantidad en concepto de sus créditos, que los resultados sean mejores que en caso de la liquidación de la empresa deudora y a conseguir que las empresas sigan siendo viables para así preservar los puestos de los empleados y los negocios de los proveedores. Al intervenir diversas partes en el procedimiento de reorganización, cada una puede tener opiniones distintas sobre la mejor manera de lograr los diversos objetivos. Algunos acreedores, como los clientes o proveedores importantes, pueden preferir mantener las relaciones comerciales con el deudor, en vez de que se les reembolse rápidamente su deuda. Algunos acreedores pueden preferir una participación en el capital social de la empresa y otros no. Lo característico es que en un caso dado pueda escogerse entre una amplia gama de opciones; en consecuencia, tal vez no convenga adoptar un criterio prescriptivo respecto de las posibles opciones o de la solución que deberá elegirse en un caso particular, porque probablemente resultará demasiado restrictivo. Conviene, por ejemplo, que el régimen no permita un plan cuyo único objetivo sea rehabilitar por completo al deudor, ni estipule que no podrán cancelarse las deudas, ni disponga que se deba pagar finalmente una cuantía mínima a los acreedores; ni prohíba que se intercambien los créditos por participación en el capital. Un régimen que no regulara todos los detalles y que no impusiera estas limitaciones tendría la flexibilidad suficiente para permitir que un determinado deudor eligiera la opción más adecuada de un abanico de posibilidades.

484. En algunos regímenes de la insolvencia se adopta un enfoque ilustrativo, en que se enumeran algunas de las posibilidades, pero sin limitarlas ni descartar otras. Las posibilidades pueden abarcar un mero concordato (es decir, un acuerdo para pagar a los acreedores un porcentaje de sus créditos, generalmente a plazos); el mantenimiento de la actividad comercial de la empresa y la posibilidad de venderla como negocio en marcha (y la liquidación ulterior del deudor); la transferencia de una parte o de la totalidad de los bienes de la masa a una o más empresas ya existentes o de futura creación; una fusión o concentración de la empresa con una o más entidades comerciales; una forma compleja de reestructuración de la deuda y del capital social; o alguna otra solución. Es aconsejable dejar que las fuerzas del mercado determinen cuál es la solución comercial más apropiada, si hay realmente alguna o, por lo menos, dejar que lo decidan, en sus negociaciones, el deudor, el representante de la insolvencia, los acreedores y otras personas con intereses económicos.

485. Incluso si no adopta un enfoque prescriptivo para regular la forma o la naturaleza del plan, un régimen de la insolvencia puede establecer ciertos límites, por ejemplo, que la prelación que se conceda a los acreedores en un procedimiento

de liquidación se mantenga en el de reorganización; que el plan no mantenga al deudor en situación de insolvencia, obligándolo a volver al mercado en esas condiciones; y que el plan de reorganización respete las limitaciones fijadas en otras leyes (si el régimen de la insolvencia no las modifica), por ejemplo, los controles de cambio de divisas.

3. Propuesta de un plan de reorganización

486. Dos aspectos importantes que conviene regular en relación con las propuestas de planes de reorganización son la etapa del procedimiento en que deberán formularse las propuestas y la parte o las partes que estarán capacitadas o facultadas para hacerlas. Cada uno de esos aspectos puede enfocarse de distintas maneras.

a) Momento de la propuesta

487. En lo que respecta al momento en que deba presentarse la propuesta, el criterio adoptado puede depender de la finalidad o del objetivo de una reorganización concreta o del modo en que se abrió el procedimiento. En algunas legislaciones, por ejemplo, se adopta el criterio de que el plan de reorganización debe adjuntarse a la solicitud del procedimiento de reorganización (en cuyo caso la solicitud puede denominarse "propuesta" de reorganización), cuando el procedimiento sea entablado a instancia del deudor[90]. Este método puede tener, entre otros, los siguientes inconvenientes: puede retrasar la capacidad del deudor para iniciar un procedimiento y conseguir que se dicte a tiempo una medida favorable mediante la paralización de las acciones entabladas; puede ser difícil determinar tan pronto los objetivos del plan; y si el plan se ha elaborado sin consultar a los acreedores ni a otras partes interesadas con la intención de que este plan sea el definitivo, puede que no sea viable su ejecución, por lo que tal vez se anticipe al procedimiento y, además, lo demore. Muchos otros regímenes disponen que el plan se negocie y proponga después de la apertura del procedimiento de reorganización. Esta puede ser una opción más flexible, que permita celebrar consultas y negociar un plan de reorganización aceptable mientras el deudor goza de la protección de la paralización. Si se adopta este enfoque, es conveniente prever disposiciones para evitar que abuse del régimen de la insolvencia algún deudor cuya intención no sea proponer un plan (ni esté en condiciones de hacerlo) sino únicamente sacar provecho de la paralización. La cuestión del momento en que deba proponerse el plan también podrá plantear problemas cuando un procedimiento de liquidación pase a ser de reorganización (véase 14 *infra*).

b) Partes facultadas para proponer un plan

488. En cuanto a este segundo aspecto, es posible que las distintas partes que intervienen en el procedimiento de reorganización tengan diferentes capacidades y responsabilidades en lo relativo a la negociación y a la propuesta de un plan de reorganización, según cómo se haya concebido el régimen de la insolvencia y, en particular, según las funciones que éste atribuya al representante de la insolvencia, al deudor y a los acreedores. Por ejemplo, en algunos regímenes, estas partes tienen la obligación de cooperar en la negociación y propuesta de un plan. Al determinar a

[90] Este tipo de enfoque no debe confundirse con la solicitud de procedimiento agilizado, que debe ir acompañada por el plan propuesto por los acreedores (véase el capítulo IV.B).

qué parte se permitirá proponerlo o qué partes estarán capacitadas para hacerlo, es conveniente que se establezca un término medio entre, por una parte, la libertad que tenga cada una de ellas para proponer un plan (por ejemplo, si todas las partes pueden proponer un plan, ¿deberán poder hacerlo al mismo tiempo o deberán poder presentar las propuestas siguiendo un orden o en función de la aceptabilidad del plan propuesto?) y, por otra parte, las restricciones que deben necesariamente imponerse al proceso, concretamente los requisitos de aprobación (y de votación), (por ejemplo, ¿deberán intervenir en la formulación de un plan todos los acreedores que deban aprobarlo?), los plazos para la negociación y la propuesta, y la posibilidad de que el régimen de la insolvencia autorice enmendar el plan y prevea otras cuestiones de procedimiento. Es más probable que se logre ese término medio si se adopta un criterio flexible, y no prescriptivo, si bien es conveniente que, en aras de la eficacia, la certeza, la previsibilidad y la agilización del procedimiento, el régimen de la insolvencia dé orientación suficiente para lograr que el plan propuesto sea viable.

i) Propuesta a cargo del deudor

489. Cuando hubiera que proponer el plan antes de la apertura del procedimiento, sería propuesto generalmente por el deudor, pero podría ser necesaria la negociación con una o más categorías de acreedores (no necesariamente con todas), que podrían negociar y acordar un plan, que debiera ser aceptado por otros acreedores o que se impusiera a las demás categorías de acreedores. En caso de que se debiera proponer el plan después de la apertura del procedimiento, algunos regímenes de la insolvencia prevén que lo proponga el deudor, precisando a veces que deberá hacerlo en cooperación con otras partes, como el representante de la insolvencia, los acreedores, un abogado, un contable u otros asesores financieros. Si el régimen prevé la intervención del deudor, puede tener la ventaja de alentar a los deudores a recurrir pronto al procedimiento de reorganización y, cuando el plan prevea que se mantenga la empresa del deudor en marcha, podrá aprovecharse al máximo el conocimiento de la empresa por parte del deudor, que puede saber qué medidas son necesarias para que la empresa insolvente vuelva a ser viable (aunque tal vez haya que conciliar la libertad otorgada al deudor con la necesidad de que los acreedores confíen en él y en su propuesta). Las ventajas de este enfoque pueden resultar también evidentes cuando sea necesario contar con la colaboración del personal clave de gestión de la empresa del deudor (entre otras cosas por su complejidad) para que ésta pueda salir adelante, o cuando sea difícil reemplazar a este personal a corto plazo.

490. Algunos regímenes de la insolvencia otorgan esa facultad exclusivamente al deudor. Otros regímenes adoptan un enfoque gradual, dando inicialmente al deudor la oportunidad de proponer un plan en exclusiva, pero sólo durante un determinado plazo. El tribunal puede tener la facultad de prorrogar este plazo si el deudor demuestra que la demora está justificada y que la reorganización tiene verdaderas posibilidades de prosperar, y si otra parte puede proponer un plan para el caso en que, al expirar su período de exclusividad, el deudor aún no haya propuesto ningún plan.

ii) Propuesta a cargo de los acreedores

491. Cuando se requiere que los acreedores aprueben el plan, existe siempre el riesgo de que la reorganización fracase si el plan presentado por el deudor no es aceptable. Por ejemplo, es posible que los acreedores sólo estén dispuestos a aprobar un plan que impida que los accionistas del deudor tengan una participación mayoritaria en el capital social y que, por tanto, controlen la empresa del deudor y que también permita relevar de sus cargos de gestión a los directivos de la empresa. Si el deudor tiene la oportunidad exclusiva de proponer el plan y se niega a aceptar condiciones de esta índole, se corre el riesgo de que fracase la reorganización y que con ello se perjudique a los acreedores, a los empleados y al propio deudor. Para evitar esta situación, algunos regímenes de la insolvencia disponen que, al preparar su plan, el deudor deberá cooperar y negociar con los acreedores y si, al vencer su período de exclusividad, no ha propuesto un plan aceptable, los acreedores podrán proponer otro (cuya preparación podría estar a cargo de un comité de acreedores (véase el capítulo III.C)). Esta opción puede crear condiciones propicias para que las partes acepten una solución de transacción.

iii) Propuesta a cargo del representante de la insolvencia

492. Otra modalidad adoptada por muchos regímenes consiste en dar al representante de la insolvencia la posibilidad de proponer un plan, en vez de encomendárselo al deudor o a los acreedores o para complementar el plan que preparen éstos. Dado que el representante de la insolvencia habrá tenido la ocasión de llegar a conocer bien la empresa del deudor tras la apertura del procedimiento, estará posiblemente en condiciones de determinar las medidas necesarias para lograr que sea viable. También estará probablemente en condiciones de facilitar negociaciones sobre el plan entre el deudor y los acreedores. La importancia de prever la participación del representante de la insolvencia dependerá de los principios rectores del régimen y, en particular, de los requisitos para la aprobación del plan por los acreedores o el tribunal. Cuando se requiera la aprobación de los acreedores, un plan que prevea propuestas aceptables para los acreedores tendrá mayores posibilidades de ser aprobado que otro que no cumpla esa condición. Esta consideración podrá carecer de relevancia cuando no sea necesaria la aprobación de los acreedores o cuando el tribunal esté facultado para negarse a confirmar un plan aprobado por razones que no sean de equidad procesal, por ejemplo, cuando considere que el plan no es económicamente viable. Cuando el plan sólo deba ser aprobado por el tribunal, podrá ser necesario formularlo evitando que adolezca de lagunas jurídicas sustanciales para lograr su aprobación. Cuando no se dé al representante de la insolvencia la oportunidad de negociar y proponer un plan ni de participar en el proceso, puede ser conveniente prever la posibilidad de que el representante de la insolvencia examine el plan propuesto antes de que se someta a aprobación.

iv) Propuesta a cargo de varias partes

493. Algunos regímenes de la insolvencia confieren a varias partes la posibilidad de proponer un plan. Estas partes pueden ser el deudor, el representante de la insolvencia y los acreedores o el comité de acreedores. Cuando se prevea tal posibilidad, puede ser conveniente adoptar algún procedimiento para evitar que se propongan simultáneamente varios planes divergentes. Si bien en algunos casos esta eventualidad puede propiciar que se proponga un plan de transacción que resulte

aceptable para unos y otros, puede asimismo entrañar el riesgo de que se complique el proceso y de provocar confusión, ineficiencia y demoras.

494. Algunas legislaciones prevén que el tribunal tome en consideración las opiniones de terceros sobre el plan, por ejemplo, de organismos públicos y sindicatos. Si bien la intervención de esas partes en la negociación del plan puede contribuir, en determinados casos, a que se proponga un plan aceptable, si este requisito se adopta como principio general, puede también complicar y prolongar el procedimiento. Tal vez sólo resulte conveniente cuando, en un caso concreto, beneficie a las partes cuyos intereses sean determinantes para el éxito del plan de reorganización, y cuando el proceso de negociación esté sujeto a una cuidadosa supervisión y a plazos concretos.

c) Plazos para la propuesta de un plan

495. Algunos regímenes de la insolvencia fijan un período posterior a la apertura del procedimiento durante el cual habrá de proponerse un plan. Este período puede ser específicamente aplicable a los planes propuestos por el deudor o por todas las partes. Un régimen concreto, por ejemplo, concede al deudor un plazo de 120 días para que proponga un plan; una vez expire dicho plazo, cualquier otra parte podrá proponer un plan sin límites de tiempo. Los plazos generalmente previstos para la negociación y la propuesta de un plan oscilan entre 35 y 120 días tras la apertura, y algunos regímenes permiten que el tribunal prorrogue o acorte el plazo en determinadas circunstancias. Aunque la imposición de plazos pueda ser útil para lograr que la reorganización siga adelante sin demora, conviene tener en cuenta también el riesgo de que los plazos sean demasiado rígidos e impongan una restricción arbitraria, particularmente en casos de envergadura en que la negociación y la propuesta de un plan puedan requerir mucho más tiempo, por ejemplo, más de 12 meses; el riesgo de que no se cumplan los plazos, especialmente si no se prevén sanciones apropiadas; o el riesgo de que la infraestructura de la insolvencia sea deficiente y no permita cumplir los plazos (por ejemplo, por falta de recursos). Una solución para obviar el problema de la rigidez de los plazos consiste en prever que el tribunal pueda prorrogar el plazo, siempre y cuando la prórroga siga siendo limitada y se restrinja el número posible de prórrogas. Una ventaja de este enfoque es que exige que la parte que solicita la prórroga demuestre al tribunal que su petición está justificada y que la demora no obedece a ninguna razón indebida (sino a la necesidad de celebrar nuevas consultas con los acreedores, o a que se han recibido tardíamente los peritajes o informes de los asesores profesionales); que la demora no perjudicará los intereses de las otras partes; y que, si se concede la prórroga, hay verdaderas posibilidades de que se proponga un plan que sea aprobado por los acreedores.

496. Cuando el régimen de la insolvencia prevea plazos para la negociación y propuesta de un plan, convendrá regular el caso de los procedimientos de liquidación que pasen a ser de reorganización. Los plazos normales que empiezan a correr en el momento de la apertura de un procedimiento (de liquidación) tal vez no resulten fáciles de aplicar en los casos cuyos plazos se cuenten a partir de la fecha de la solicitud inicial de apertura y en que se considere que la conversión del procedimiento de liquidación en reorganización no es más que una continuación del primer procedimiento y en que, por tanto, se descuente el plazo transcurrido antes de dicha conversión.

4. El plan

497. El resultado del plan depende de su viabilidad, es decir, de si es posible que, a partir de circunstancias y hechos conocidos y de hipótesis razonables, el plan y el deudor tengan más posibilidades de prosperar. Al determinar si un plan tiene posibilidades de prosperar, se plantean dos cuestiones conexas. La primera es el contenido mismo del plan o, en otras palabras, lo que se propone en él. La segunda es la forma de presentar y explicar las propuestas a los acreedores a fin de que éstos las aprueben.

a) Contenido de un plan

498. La cuestión del contenido del plan guarda una estrecha relación con el procedimiento para su aprobación (por ejemplo, qué acreedores deben aprobarlo, la mayoría requerida para su aprobación y, en su caso, el procedimiento de confirmación por el tribunal), así como con los efectos del plan una vez aprobado (y confirmado por el tribunal, cuando tal confirmación sea un requisito) (por ejemplo, si será vinculante para los acreedores disconformes y para los acreedores garantizados, quién se encargará de la ejecución del plan y quién será responsable de la gestión que siga a cargo del deudor), y también con el hecho de que se exija o no la confirmación judicial del plan. En muchos regímenes de la insolvencia se regula el contenido del plan de reorganización. En algunos se siguen criterios generales, exigiéndose que en el plan se informe suficientemente y con claridad a todas las partes sobre la situación financiera del deudor y sobre la transformación de los derechos jurídicos que se proponga en el plan; en cambio, en otros regímenes se imponen requisitos mínimos, como la obligación de prever el pago de ciertos créditos preferidos. Conviene señalar que el plan no tiene por qué alterar ni afectar de modo alguno los derechos de las distintas categorías de acreedores.

499. Otras leyes enumeran requisitos más concretos sobre la información relativa a la situación financiera del deudor que deba contener el plan sobre las propuestas en él formuladas. La información sobre la situación financiera del deudor puede comprender estados financieros sobre el activo y el pasivo y la corriente de efectivo del deudor e información relativa a las causas o motivos de la situación financiera del deudor. La información relativa a las propuestas del plan puede abarcar, en función del objetivo del plan y de las circunstancias de un determinado deudor: detalles sobre las categorías de créditos; los créditos que no se vean favorecidos por el plan y el trato que prevé darse, conforme al plan, a cada categoría de créditos; el mantenimiento en vigor o el rechazo de contratos aún no cumplidos en su totalidad; el régimen aplicable a los arrendamientos no vencidos; las medidas y disposiciones aplicables a los bienes del deudor (por ejemplo, transmisión, liquidación o retención); la venta u otra forma de disponer de los bienes gravados; el procedimiento de divulgación y aceptación; el derecho de los acreedores titulares de créditos impugnados a participar en el proceso de votación y las disposiciones para dirimir las controversias sobre créditos impugnados; los arreglos previstos para el personal del deudor; la remuneración por concepto de la gestión de la empresa del deudor; la financiación de la ejecución del plan; la prórroga del plazo de vencimiento o la modificación del tipo de interés o de otras condiciones de las garantías reales pendientes; la función que deberá desempeñar el deudor en la ejecución del plan y la determinación de quiénes responderán de la futura gestión de

la empresa del deudor; la satisfacción de los créditos y explicaciones sobre el motivo por el cual los acreedores cobrarán una suma mayor que la que habrían percibido en caso de liquidación; el pago de intereses sobre los créditos; la distribución de una parte o de la totalidad de los bienes de la masa entre las partes que tengan derechos sobre ellos; los posibles cambios en el instrumento fundacional o en el documento constitutivo de la empresa del deudor (cambios en los reglamentos, disposiciones sobre asociación, etc.) o en la estructura del capital del deudor, o la fusión o consolidación del deudor con una o más personas; la base sobre la cual la empresa podrá proseguir sus negocios y el modo en que podrá reorganizarse con éxito; la supervisión de la ejecución del plan; y el período de ejecución, especificando, en algunos casos, que la ley prescribe un plazo máximo.

500. En vez de especificar toda la información detallada que deba figurar en el plan, tal vez sea conveniente que en el régimen de la insolvencia se defina el contenido mínimo de un plan, centrándose en sus objetivos fundamentales y en los procedimientos para su ejecución. Por ejemplo, el régimen de la insolvencia puede exigir que en el plan se enumeren las categorías de acreedores y cómo se tratará a cada una de ellas conforme al plan; las condiciones del plan (como el régimen aplicable a los contratos y la función que deba seguir desempeñando el deudor); y los requisitos para la ejecución del plan (como la venta de bienes o de partes de la empresa, la prórroga de las fechas de vencimiento, los cambios en la estructura del capital de la empresa y la supervisión de la ejecución).

501. El contenido del plan también puede ser fuente de conflictos con otras leyes. Por ejemplo, si el derecho de un país no permite la transformación de la deuda en capital social, no podrá aprobarse ningún plan que prevea tal medida. Dado que la conversión de la deuda en capital social puede ser una característica importante del proceso de reorganización, convendría eliminar tal prohibición, al menos en el contexto de la insolvencia, a fin de poder incluir esa medida en el plan y aprobarla. Del mismo modo, si, en virtud de otras leyes, el plan debe limitarse a prever la condonación de la deuda o la prórroga de las fechas de vencimiento, podrá ser difícil que los acreedores lo aprueben. En algunos casos de insolvencia se plantean cuestiones igualmente claras y poco polémicas sobre la relación entre el régimen de la insolvencia y otras leyes. En otros casos pueden surgir problemas más complejos, como la limitación de las inversiones extranjeras y los controles de las operaciones de cambio de divisas (especialmente en los casos en que muchos de los acreedores no sean residentes), o los derechos que tengan los empleados en virtud de la legislación laboral cuando, por ejemplo, la reorganización pueda requerir la modificación de los convenios colectivos o entrar en conflicto con la legislación tributaria.

502. Los enfoques de estas cuestiones son diversos. En algunos países el régimen de la insolvencia está sujeto a este tipo de limitaciones, con lo cual pueden verse restringidas las opciones para la reorganización. Otros regímenes permiten que queden sin efecto ciertas limitaciones previstas en otras leyes, por ejemplo, las relativas a la disposición de los bienes del deudor y la prelación en la distribución, concretamente cuando los acreedores convengan en ello. Al elaborar el régimen de la insolvencia, es preciso tener en cuenta las restricciones previstas en otras leyes que repercutan en el régimen de la insolvencia y que, a fin de asegurar la transparencia y la previsibilidad, el régimen de la insolvencia regule expresamente

la cuestión de su relación con otras leyes, especificando, en lo posible, las repercusiones que tengan esas otras leyes para el régimen de la insolvencia.

b) Información que debe adjuntarse al plan

503. Al pronunciarse sobre un plan, es preciso que los acreedores y las otras partes interesadas en el caso, como los participantes en el capital social que puedan participar en la votación, tengan la certeza de que el plan es viable y de que no se basa, por ejemplo, en hipótesis erróneas, y que la ejecución del plan no dejará al deudor sobrecargado de deudas. Para facilitar esa evaluación, los acreedores y las otras partes interesadas en el caso deberán recibir información en que se explique lo propuesto en el plan y cómo repercutirá en la situación del deudor, de los acreedores y de las otras partes afectadas. Con tal fin, convendría adjuntar al plan presentado a los acreedores y a otras partes una declaración en la que se revele exhaustivamente la información que permita a todas las partes evaluar el plan correctamente. Esa declaración puede ser preparada por un profesional cualificado que pueda evaluar de forma fidedigna e imparcial las medidas propuestas en el plan, o por la misma parte que proponga el plan, sin que para ello deba recurrir necesariamente a un asesor profesional. Cuando el representante de la insolvencia no deba intervenir en la formulación de un plan ni en la preparación de la declaración, puede ser conveniente exigirle que dé su opinión sobre ambos instrumentos. Cuando los acreedores y las otras partes interesadas en el caso no estén de acuerdo con la evaluación pericial o no consideren convincente la información revelada, cabría tener en cuenta estos pareceres al votar sobre el plan, con un mecanismo que permita modificarlo; también podría tenerlos en cuenta el tribunal al confirmar el plan (cuando el procedimiento previera tal confirmación judicial).

504. Varios regímenes de la insolvencia contienen disposiciones en que se especifica la información que habrá de proporcionarse a los acreedores y a otras partes interesadas para que puedan evaluar el plan correctamente, que, según los casos, deberá incorporarse al plan o adjuntarse, por separado, en una declaración. El requisito de facilitar esta información, apoyado por mecanismos apropiados para obtener los datos pertinentes, cumple el objetivo clave de la transparencia del procedimiento y puede ser útil para que los acreedores adquieran confianza en el proceso de insolvencia. No obstante, tal vez deba limitarse este requisito para tener en cuenta el carácter confidencial de la información financiera y comercial potencialmente delicada sobre el deudor a la que puedan tener acceso los acreedores, aun cuando esa información pueda acabar siendo del dominio público a raíz de la aprobación del plan o de su confirmación por el tribunal. Este problema puede obviarse imponiendo el deber de respetar la confidencialidad de la información al deudor, a los acreedores, al representante de la insolvencia y a otras partes interesadas. Conviene también no exigir información que no sea de utilidad para evaluar el plan; es preciso requerir ante todo la información necesaria para evaluar las propuestas concretas formuladas en un determinado plan.

505. Es conveniente que en el régimen de la insolvencia se especifique la información mínima que deberá revelarse en una declaración. Esta información puede comprender datos sobre la situación financiera del deudor, concretamente sobre el activo y el pasivo y la corriente de liquidez de la empresa; una comparación entre lo que se ofrece a los acreedores en el plan propuesto y lo que percibirán en caso de liquidación; la base sobre la cual podrá mantenerse y reorganizarse la

empresa del deudor; información sobre los mecanismos de votación por los que se regirá la aprobación del plan; información que demuestre que, habida cuenta de los efectos del plan, se satisfarán adecuadamente todas las obligaciones previstas en él y el deudor dispondrá de la liquidez necesaria para pagar sus deudas conforme al plan.

5. Aprobación del plan

506. Al redactarse las disposiciones de un régimen de la insolvencia sobre la aprobación del plan deben ponderarse diversas consideraciones, concretamente la de si los acreedores deben votar o no por categorías, y el trato que se dará a los acreedores disconformes. Un principio fundamental es que los acreedores sólo pueden quedar obligados por un plan si se les ha dado la posibilidad de votar al respecto. El objetivo principal de clasificar los créditos es cumplir el requisito de dar un trato justo y equitativo a los acreedores, tratando del mismo modo los créditos de similar importancia, y asegurar que el plan de reorganización ofrezca las mismas soluciones a todos los acreedores de una determinada categoría. Es una forma de asegurar que los créditos prioritarios o preferentes se traten de acuerdo con las reglas de prelación establecidas en el régimen de la insolvencia. Además, así puede resultar más fácil que los titulares de los créditos de mayor cuantía acepten un tratamiento distinto del otorgado a la categoría general de acreedores no garantizados cuando, en aras de la viabilidad del plan, sea necesario ese trato diferenciado. Sin embargo, la clasificación de los créditos puede incrementar la complejidad y los costos de los procedimientos de insolvencia, según el número de categorías establecidas. Otra posible opción para evitar que los acreedores que deban recibir un trato especial se vean perjudicados por las decisiones mayoritarias consiste en dar a esos grupos la oportunidad de impugnar ante el tribunal la decisión de la mayoría de los votantes cuando no hayan recibido un trato justo y equitativo. Esta posibilidad de impugnación puede ser un factor disuasorio para los grupos mayoritarios, que tal vez se abstendrán de formular propuestas desfavorables e injustas para los acreedores preferentes.

507. En cuanto al tratamiento de los acreedores disconformes, será indispensable prever una manera de imponer a una minoría disconforme de una categoría de acreedores un plan acordado por mayoría, a fin de que la reorganización tenga más probabilidades de prosperar. También puede ser necesario, según el mecanismo que se elija para votar sobre el plan y si los acreedores votan por clases, estudiar la posibilidad de que el plan sea vinculante para las categorías de acreedores disconformes y para otras partes afectadas que también estén en minoría.

508. Si un plan puede ser aprobado e impuesto a partes disconformes, tal vez convenga que el plan prevea salvaguardias para proteger a las partes disconformes y, en particular, para asegurar que sus derechos no se vean injustamente perjudicados. Así, por ejemplo, el régimen podría prever que ninguna categoría de acreedores disconformes podrá quedar obligada por el plan, a menos que se le garantice que se le dará un determinado trato. Si se trata de acreedores garantizados, cabe prever que perciban una suma equivalente al valor de su garantía real, mientras que en el caso de los acreedores no garantizados puede ocurrir que los titulares de los créditos de menor cuantía, incluidos los participantes en el capital social, no cobren nada. Cuando el procedimiento de aprobación perjudique notablemente a los créditos de los acreedores y a otras partes interesadas, sin que puedan dar su

consentimiento (en particular, cuando se trate de acreedores garantizados), existe el riesgo de que más adelante no estén dispuestos a conceder crédito. Por consiguiente, el mecanismo de aprobación del plan y la previsión de salvaguardias apropiadas es de considerable importancia para la protección de estos intereses.

a) Procedimientos de aprobación

509. Muchos regímenes de la insolvencia prevén la convocatoria de una junta especial de acreedores con el fin de votar sobre el plan de reorganización y exigen que el plan (y la declaración por la que se revele la información requerida, cuando deba presentarse también ese documento) se hagan llegar a los acreedores y a otras partes interesadas que también tengan derecho a votar en un determinado plazo previo a la convocatoria de la reunión. Algunas legislaciones disponen que sólo podrán votar quienes asistan personalmente a la reunión de acreedores, mientras que otras permiten que la votación también pueda efectuarse por correo o mediante un poder. A fin de facilitar la votación y habida cuenta de la creciente utilización de los medios electrónicos de comunicación, puede ser conveniente permitir que se vote en persona, a través de un mandatario o por medios electrónicos.

510. Entre otras cuestiones que deben tenerse en cuenta al regular las condiciones de aprobación del plan conviene mencionar la de si los acreedores y las otras partes interesadas deben votar por categorías, en función de sus respectivos derechos; los tipos de créditos (admitidos provisional o definitivamente) que se tomarán en consideración para determinar si ha votado favorablemente la mayoría exigida de votantes; si deberán votar los acreedores garantizados; si se tendrán en cuenta los votos de los acreedores con créditos con prelación al determinar la mayoría requerida; qué otras partes interesadas, además de los acreedores, tendrán derecho a votar sobre el plan; y el modo en que se tratará a los acreedores que se abstengan o que no participen en la votación. Estas cuestiones se examinan en los párrafos que figuran a continuación. Con respecto a la última cuestión, en algunos regímenes, por ejemplo, se considera que los votantes que se abstienen o que no participan en la votación se han pronunciado en contra de la aprobación del plan. Esta presunción de desaprobación puede ir en detrimento de los acreedores que participaron y que votaron a favor de la aprobación del plan, y en la práctica puede dificultar mucho su aprobación. Otro criterio seguido por muchos países consiste en calcular el porcentaje de apoyo sobre la base del número de partes que participen realmente en la votación, estimando que las partes ausentes y los participantes que se abstienen demuestran escaso interés en el procedimiento. Este criterio puede implicar que el curso de la reorganización quede en manos de un grupo de acreedores posiblemente pequeño y poco representativo, sobre todo si se tiene en cuenta el fenómeno de la apatía de los acreedores. Es preciso adoptar un criterio equilibrado que facilite la aprobación del plan, que garantice un grado suficiente de apoyo de los acreedores para su ejecución y que evite que se produzcan abusos. Todo ello puede lograrse, con cualquiera de los enfoques analizados, previendo la debida notificación de los acreedores y de otras partes interesadas, especialmente si no son residentes, y adoptando mecanismos de votación que no requieran la asistencia personal a las reuniones, como el voto por poder y por medios electrónicos.

511. Algunos regímenes de la insolvencia prevén asimismo presunciones para simplificar los procedimientos de votación. Sí, por ejemplo, un plan cancela el crédito de un acreedor o la participación de un propietario en el capital social (y esa

parte no percibe nada conforme al plan), cabe presumir que esa parte votará en contra de dicho plan. Por el contrario, si un plan deja íntegro un crédito y dispone que se pagará en su totalidad, cabe presumir que el acreedor interesado votará a favor del plan. Estas presunciones pueden reducir también la necesidad de notificar e informar a los acreedores pertinentes y a otras partes interesadas.

b) Aprobación por los acreedores garantizados y con prelación

512. En muchos casos de insolvencia, los créditos garantizados representarán un porcentaje importante del valor de la deuda que pesa sobre el deudor y cabrá adoptar diferentes criterios para regular la aprobación del plan por los acreedores garantizados y con prelación. Como principio general, no obstante, el requisito de votación por parte de los acreedores garantizados dependerá del modo en que el régimen de la insolvencia trate a los acreedores garantizados, de si un plan de reorganización puede afectar poco o mucho a la garantía real de un acreedor y del grado en que el crédito de un acreedor garantizado esté cubierto por el valor de los bienes gravados.

513. Conforme a uno de los criterios, cuando el régimen de la insolvencia no afecte a los acreedores garantizados y, en particular, no les impida ejercer sus derechos sobre los bienes gravados, no es necesario dar a esos acreedores el derecho de voto, dado que sus derechos reales de garantía no se verán menoscabados por el plan. Del mismo modo, conforme a este criterio, el plan no puede reducir el valor de los créditos de los acreedores con prelación, que tienen derecho a cobrarlos en su totalidad. La desventaja de este criterio, empero, es que puede reducir las probabilidades de que una reorganización prospere, especialmente cuando los bienes gravados sean vitales para el éxito del plan. Además, si el acreedor garantizado no queda vinculado por el plan y decide ejercer sus derechos, por ejemplo, recuperando la posesión del bien gravado y vendiéndolo, puede imposibilitar la reorganización de la empresa. Análogamente, en ciertas circunstancias, la única manera en que el plan podrá prosperar consiste en prever que, al aprobarse el plan, los acreedores con prelación perciban sumas inferiores al valor total de sus créditos. Así pues, las perspectivas de que prospere una reorganización pueden mejorar si los acreedores con prelación aceptan que se les pague a plazos y si los acreedores garantizados acceden a que se modifiquen las condiciones de la deuda garantizada. Si esos acreedores no quedan incluidos en el plan ni se les exige que voten sobre las propuestas que afecten a sus derechos, no será posible modificar estos derechos.

514. Cuando el valor del bien gravado no cubra íntegramente el importe del crédito de un acreedor garantizado, varios regímenes de la insolvencia permiten a estos acreedores votar junto con los acreedores ordinarios no garantizados respecto de la parte no cubierta de su crédito. En algunos ordenamientos jurídicos, esta situación plantea difíciles problemas de valoración a la hora de determinar si un acreedor garantizado está realmente garantizado y en qué medida lo está. Por ejemplo, cuando tres acreedores hayan constituido una garantía sobre un mismo bien, puede ocurrir que el valor de ese bien sólo permita satisfacer el crédito que, conforme al orden de prelación, figure en primer lugar y parte del que figure en segundo lugar. Por lo tanto, el segundo acreedor podrá tener derecho a votar únicamente respecto de la parte no garantizada de su crédito, mientras que el tercer acreedor quedará totalmente sin garantía. Por tanto, la tasación del bien es crucial para determinar hasta qué punto los acreedores garantizados están realmente amparados por una

garantía y, por ende, si deben o no votar como acreedores sin garantía respecto de toda parte no garantizada de su crédito.

515. La cuestión de la votación de los acreedores garantizados sobre un plan de reorganización se regula de diferentes modos. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que los acreedores garantizados y los que tengan prelación votarán como categorías separadas de acreedores sobre todo plan que menoscabe las condiciones de sus créditos, o prevén que consientan en quedar vinculados por el plan. El hecho de permitir a los acreedores garantizados votar como clase aparte implica un reconocimiento de que los derechos e intereses de estos acreedores difieren de los de los acreedores no garantizados. Lo mismo cabe decir en el caso de los acreedores con prelación. Sin embargo, en muchos casos los acreedores garantizados no tienen los mismos derechos, y tal vez no resulte viable agruparlos en una única categoría de votantes. En tales casos, algunos regímenes prevén que cada acreedor garantizado constituya individualmente una categoría. Cuando los acreedores garantizados votan, la mayoría requerida de una clase de acreedores garantizados suele ser la misma que se exige a los acreedores no garantizados para la aprobación, aunque hay ejemplos de regímenes que requieren mayorías diferentes según el modo en que el plan afecte a los derechos de los acreedores garantizados (por ejemplo, se requiere una mayoría de tres cuartas partes para la prórroga de una fecha de vencimiento y de cuatro quintas partes si los derechos se ven perjudicados de alguna otra manera).

516. Cuando los acreedores garantizados votan por clases, algunos regímenes de la insolvencia prevén que, si la mayoría de votantes requerida para esta clase aprueba el plan, los miembros disconformes de esa clase quedarán vinculados por el plan, a reserva de ciertas salvaguardias. Con arreglo a estos regímenes, las salvaguardias previstas en beneficio de los acreedores garantizados disconformes pueden consistir en que tengan derecho a percibir por lo menos la suma que habrían cobrado en caso de liquidación y que sólo quedarán vinculados por el plan si perciben esa suma, o en que puedan quedar vinculados si el plan prevé que, dentro de un determinado plazo, se les paguen totalmente sus créditos, limitando la suma pagadera al valor de sus garantías reales, pero también los intereses correspondientes según los tipos vigentes en el mercado. Algunos regímenes de la insolvencia prevén también que el tribunal esté facultado para ordenar que los acreedores garantizados queden obligados por el plan, siempre que esté convencido de que se cumplen determinadas condiciones, por ejemplo, que la ejecución de la garantía real por el acreedor garantizado tendría consecuencias muy negativas para el logro de los objetivos del plan; que las garantías reales del acreedor garantizado estarán suficientemente amparadas por el plan; y que el plan no agravará ni hará empeorar la situación de los acreedores garantizados (por ejemplo, si se pagan los intereses futuros y si el valor de los bienes gravados constituidos en garantía no se ve afectado). Otros regímenes de la insolvencia disponen que el plan no puede imponerse a los acreedores garantizados a menos que lo consientan.

517. Al determinar qué criterio debe adoptarse sobre esta cuestión, será importante evaluar las repercusiones que el criterio seguido puede tener sobre la oferta y el costo de la financiación de operaciones garantizadas y dar a las disposiciones la máxima certeza y previsibilidad, teniendo en cuenta a la vez los objetivos del régimen de la insolvencia y las ventajas que supondrá para la economía el éxito de una reorganización.

c) Aprobación por los acreedores ordinarios no garantizados

518. Puede recurrirse a distintos mecanismos para lograr que los acreedores no garantizados en general dispongan de un medio eficaz para votar sobre un plan. Cualquiera que sea el elegido, es conveniente que sea lo más sencillo posible y que figure claramente enunciado en el régimen de la insolvencia para garantizar previsibilidad y transparencia.

i) Categorías de acreedores no garantizados

519. Varios regímenes de la insolvencia no permiten dividir a los acreedores no garantizados en diferentes categorías y deben votar juntos como grupo único.

520. Los países que han establecido categorías de acreedores garantizados y de acreedores con prelación también prevén a menudo que se divida a los acreedores ordinarios no garantizados en varias categorías, en función de sus diversos intereses económicos. Esta división tiene por objeto mejorar las perspectivas de éxito de la reorganización al menos de tres modos: estableciendo un medio útil para determinar los diversos intereses económicos de los acreedores no garantizados; creando un marco para estructurar las condiciones del plan; y previendo un medio para que el tribunal pueda invocar el apoyo de la mayoría requerida de acreedores de una categoría para declarar que el plan será vinculante para otras categorías de acreedores que no lo hayan apoyado. Habida cuenta de que la división de los acreedores en distintas categorías puede complicar el procedimiento de votación, tal vez convenga hacer esa clasificación únicamente cuando existan razones imperiosas para otorgar un trato especial a algunos acreedores no garantizados, como el hecho de que esos acreedores sean numerosos y no tengan intereses económicos comunes. Para determinar si hay intereses comunes podrá tomarse en consideración la naturaleza de las deudas que hayan dado lugar a los créditos y los recursos de que puedan disponer los acreedores en caso de no aprobarse un plan de reorganización, incluida la posibilidad de que los acreedores puedan cobrar sus créditos ejerciendo tales recursos. Cuando haya un escaso número de acreedores no garantizados o cuando sus intereses sean similares, tal vez no sea necesario que los acreedores voten sobre la aprobación del plan divididos en categorías, con lo cual se simplificaría el procedimiento de votación.

ii) Determinación de las categorías

521. Algunos regímenes de la insolvencia concretan el modo en que deben determinarse las categorías de acreedores con créditos ordinarios no garantizados a efectos de la aprobación del plan de reorganización. Un criterio consiste en que el plan clasifique los créditos o los derechos en categorías basándose en que los acreedores tengan intereses comunes o sustancialmente similares o en el valor de los créditos. Cuando el criterio es la comunidad o similitud de intereses, la parte que proponga el plan puede dar muestras de cierta flexibilidad al decidir los créditos que entrarán en un grupo determinado de acreedores. Otros criterios consisten en que el representante de la insolvencia formule recomendaciones al tribunal antes de que los acreedores voten sobre la aprobación, o en que las categorías sean determinadas de entrada por el deudor, que dispondrá de cierta flexibilidad limitada para decidir qué acreedores formarán parte de las distintas categorías, en función de sus créditos; los acreedores no garantizados que estén disconformes con la categoría que se haya asignado a sus créditos podrán solicitar que el tribunal dirima la cuestión.

d) Aprobación por los titulares de acciones

522. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que los titulares de acciones aprueben los planes, al menos cuando puedan afectar a la forma de la empresa, a la estructura de su capital o a la composición del grupo de accionistas de la empresa deudora. También cabe esperar que los accionistas voten cuando sean beneficiarios de la distribución prevista en el plan. Cuando la dirección de la empresa deudora proponga un plan, es posible que dichos titulares ya hayan aprobado las condiciones del plan (según sea la estructura de la empresa deudora, su instrumento constitutivo puede requerir tal aprobación). Este puede ser el caso cuando el plan afecta directamente a los accionistas, disponiendo, por ejemplo, la conversión de la deuda en capital social, ya sea transfiriendo acciones ya existentes o emitiendo nuevas acciones.

523. En circunstancias en que el régimen de la insolvencia permita a los acreedores o al representante de la insolvencia proponer un plan, y cuando ese plan prevea la transformación de la deuda en capital social, algunos países permiten que se apruebe el plan aunque se opongan a él los titulares de acciones, independientemente de lo que se disponga en la carta fundacional de la empresa deudora. Esos planes pueden suponer que, en la nueva empresa, los intereses de dichos titulares se vean totalmente desplazados sin su consentimiento.

e) Personas allegadas

524. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que las personas allegadas no puedan votar junto con los demás acreedores sobre la aprobación del plan o que sus votos no cuenten para decidir otras cuestiones, como la de determinar si una categoría perjudicada de acreedores ha aceptado el plan (cuando esto constituya un requisito para su aprobación). Sin embargo, en muchos regímenes de la insolvencia no se regula específicamente la cuestión de las personas allegadas. Cuando el régimen de la insolvencia no prevea ninguna disposición especial al respecto, las personas allegadas deben poder votar del mismo modo que otros acreedores. Sin embargo, esas personas estarán generalmente sujetas a otras leyes en lo relativo a sus tratos personales con el deudor y con su empresa.

f) Requisitos para la aprobación del plan

525. Muchos regímenes de la insolvencia exigen un porcentaje mínimo de apoyo de los acreedores para que el plan quede aprobado. La mayoría necesaria puede calcularse de diversas maneras, según si los acreedores voten o no por categorías, según el peso relativo que se dé a esas diferentes categorías, al determinar la mayoría requerida, y también, como se ha señalado ya (véase el capítulo II.5 a)), según si el régimen de la insolvencia exige la mayoría de los acreedores votantes o la de todos ellos.

i) Votaciones sin diferenciación de categorías

526. Si los acreedores no votan por categorías, puede exigirse una mayoría que represente una proporción o porcentaje del valor de los créditos o del número de acreedores, o una combinación de ambos factores. Algunos regímenes exigen, por ejemplo, que el plan esté respaldado por acreedores cuyos créditos representen dos

tercios o tres cuartas partes del valor total de la deuda y por más de la mitad o por dos tercios del número de acreedores. Aunque estos porcentajes se aplican generalmente a los acreedores que realmente voten sobre la aprobación del plan, hay regímenes que fijan porcentajes combinados del valor total de la deuda y del número total de acreedores, prescindiendo de si votan o no. Se prevén también otras combinaciones.

ii) Votaciones por categorías de acreedores

527. Si los acreedores votan por categorías, se adoptan muy diversos criterios para determinar los requisitos para que un plan resultare aprobado. Estos requisitos pueden ser algo complejos, exigiéndose, por ejemplo, el voto mayoritario de una determinada categoría o el de todas ellas, y, en algunos casos, debe apoyar el plan la mayoría de los acreedores votantes y, en otros, la mayoría del número total de acreedores, independientemente de que voten o no (véase la sección 5a) *supra*).

- Mayoría de una determinada categoría de acreedores

528. Algunos regímenes de la insolvencia exigen la aprobación por una mayoría de los acreedores de una clase determinada categoría, requiriéndose una mayoría de acreedores que representen un determinado porcentaje o parte del valor de los créditos o una mayoría numérica de acreedores, o una combinación de ambas cosas. Si bien el requisito de una mayoría basada a la vez en el valor de los créditos y en el número de los acreedores dificulta la aprobación del plan puede justificarse por el hecho de que protege el carácter colectivo de los procedimientos. Por ejemplo, si un único acreedor posee créditos con un valor superior al 50% del total de los créditos, esa mayoría combinada impedirá que ese acreedor imponga el plan a todos los demás acreedores en contra de su voluntad. Del mismo modo, ese doble requisito puede impedir que un acreedor mayoritario haga fracasar el plan en detrimento de otros acreedores, aunque hay ejemplos de legislaciones que permiten a los acreedores que tengan más de un cierto porcentaje del valor total de los créditos vetar la aprobación de un plan u obligar a mejorar las condiciones del plan de modo que beneficie a todos los acreedores. El requisito de una mayoría del valor de los créditos y del número de acreedores impedirá también que un gran número de pequeños acreedores imponga su decisión a un escaso número de acreedores con créditos cuantiosos. Algunos regímenes de la insolvencia contienen disposiciones en virtud de las cuales, aun cuando una mayoría de los acreedores apoya un plan, si esos acreedores representan menos de un determinado porcentaje del valor total de los créditos (por ejemplo, alrededor del 25% o del 30%), el tribunal pondrá reparos a la confirmación del plan. Ese requisito puede justificarse también por el hecho de que contribuye a que se apruebe el plan con un apoyo suficiente para pueda ejecutarse con éxito.

- Mayoría de todas las categorías de acreedores

529. En otros regímenes se exige que todas las categorías de acreedores apoyen el plan para que se apruebe. Sin embargo, en algunos se permite que un plan apoyado por algunas categorías resulte vinculante para otras que no lo apoyen. Por ejemplo, puede requerirse el apoyo de una mayoría simple de todas las categorías o, cuando no apoyen el plan la mayoría de las categorías, podrá declararse vinculante para una categoría disconforme que no lo apoye, siempre que el tribunal esté convencido de

que se cumplen ciertas condiciones. Un régimen, por ejemplo, divide los créditos en tres categorías y dispone que el plan debe ser aprobado por al menos dos de ellas y que, en caso de liquidación, al menos una de las categorías que lo aprueben no cobrará íntegramente el importe de sus créditos. Conforme a otra variante, al menos una de las categorías que aprueben el plan verá sus derechos menoscabados por éste, para que así no sólo apoyen el plan únicamente los acreedores cuyos derechos no se vean menoscabados. Otros regímenes disponen que el apoyo de las categorías de acreedores no garantizados no puede forzar la aprobación del plan si los acreedores garantizados se oponen a él. Esta cuestión se trata también a continuación, en las secciones 7 y 8.

6. Imposibilidad de aprobar un plan propuesto

a) Modificación del plan propuesto

530. Sea cual sea el mecanismo elegido para la votación, es conveniente que el régimen de la insolvencia sea suficientemente flexible para que el plan presentado a los acreedores y a otras partes interesadas para su aprobación sea negociado por todas esas partes durante el procedimiento de votación con miras a que obtenga un amplio apoyo. Cuando esta negociación no sea posible y los acreedores y otras partes interesadas deban limitarse a votar sobre el plan propuesto, sin posibilidad de modificarlo, podrán disminuir las posibilidades de que sea aprobado. Un método para dar más flexibilidad al procedimiento puede consistir en permitir que una mayoría de acreedores vote a favor de que se aplace la reunión en que deba adoptarse una decisión sobre el plan, a fin de que se revele más información, si se considera que, prolongando las negociaciones, puede obtenerse un resultado favorable, pueden resolverse controversias y pueden abordarse cuestiones pendientes. Sin embargo, al igual que con muchas otras disposiciones del régimen de la insolvencia, es conveniente limitar las circunstancias en que pueda aplazarse la reunión o, al menos, el número de veces que podrá aplazarse y, eventualmente, imponer plazos para agilizar la renegociación del plan y para prevenir abusos.

b) Desaprobación del plan

531. Cuando los votantes no aprueben un plan de reorganización y cuando su renegociación y modificación no permitan resolver las dificultades que se experimenten, el régimen de la insolvencia puede prever distintas formas de seguir adelante. Algunos regímenes de la insolvencia consideran que, si los acreedores no aprueban el plan, cabe deducir que son partidarios de que se liquide la empresa, en cuyo caso el procedimiento de reorganización puede pasar a ser convertido de liquidación (véase también el capítulo II.D de la primera parte y el capítulo IV.A.14 de la segunda parte). Este criterio puede inducir a los deudores a proponer un plan aceptable, aunque con las oportunas salvaguardias para evitar abusos cuando la liquidación no beneficie a todos los acreedores. Otros regímenes disponen que el procedimiento de reorganización sea sobreseído. Este criterio presenta la desventaja de dejar al deudor en un estado de precariedad financiera en que puedan acumularse más deudas y en que pueda disminuir el valor de los bienes, y puede además tener el inconveniente de aplazar la apertura de un procedimiento de liquidación que puede ser inevitable.

7. Efecto vinculante del plan para las categorías de acreedores disconformes

532. Como ya se ha señalado, algunos países que permiten votar sobre la aprobación de un plan a los acreedores garantizados y a los acreedores con prelación y que permiten dividir a los acreedores no garantizados en varias categorías prevén también un mecanismo en virtud del cual si un plan recibe el apoyo de una o varias categorías de acreedores, puede declararse vinculante para otras categorías de acreedores que lo desaprueben (incluidas, en ciertos regímenes, categorías de acreedores garantizados y de acreedores que gocen de prelación). Es una disposición denominada a veces de "imposición" (*cram-down*). Cuando se incorporan tales disposiciones al régimen de la insolvencia, éste suele contener también salvaguardias para asegurar la protección de los intereses de esas categorías de acreedores disconformes. Dado que por lo general corresponde al tribunal determinar si se han respetado esas salvaguardias, esa cuestión se examina en la siguiente sección.

8. Confirmación judicial del plan

533. No todos los países exigen la confirmación judicial de un plan aprobado por los acreedores; en algunos, basta con que la mayoría requerida de acreedores lo apruebe para que sea eficaz el plan, al que los acreedores disconformes quedarán vinculados en virtud del régimen de la insolvencia. En esos sistemas, el tribunal podrá, no obstante, intervenir en la revisión del plan si algunos acreedores minoritarios u otras partes interesadas, incluido el deudor, impugnan el plan en sí o los medios por los que se haya formulado. En cambio, otros países sí exigen que, para que el plan surta efecto y sea vinculante, el tribunal confirme su aprobación.

a) Impugnación de la aprobación del plan

534. Muchos regímenes de la insolvencia prevén que la aprobación del plan por los acreedores pueda impugnarse ante el tribunal. La manera en que se examinen estas impugnaciones dependerá del mecanismo utilizado para dar eficacia al plan. Si, por ejemplo, no se requiere la confirmación del plan por el tribunal, los acreedores minoritarios u otras partes interesadas, incluido el deudor, podrán impugnarlo ante el tribunal después de la votación de aprobación. Cuando el régimen de la insolvencia requiera la confirmación judicial de un plan aprobado, la impugnación podrá formularse en la sesión del tribunal en que éste deba pronunciarse sobre la confirmación. Además, en el régimen deberán especificarse también las partes que podrán impugnar la aprobación del plan, y el momento en que podrá impugnarse, en particular cuando el motivo de la impugnación sea el fraude y el plazo de impugnación deba contarse a partir del momento en que se haya descubierto el fraude. Además, el régimen deberá regular las consecuencias de que el tribunal falle a favor de la impugnación, previendo, por ejemplo, que pueda volver a examinarse el plan, sometiéndolo de nuevo a aprobación, en función del motivo por el que prosperó la impugnación, o que el procedimiento pase a ser de liquidación.

535. En varios regímenes de la insolvencia se fijan los motivos para toda impugnación de un plan. Entre ellos puede figurar el hecho de que la aprobación se haya conseguido mediante fraude (por ejemplo, proporcionando información falsa o equívoca a los acreedores y a otras partes interesadas, u ocultando información importante sobre el plan de reorganización o la situación financiera del deudor); que haya habido alguna irregularidad en el procedimiento de votación (por ejemplo, que

en él hayan participado personas allegadas cuando no lo permita el régimen de la insolvencia, o que la decisión de aprobar el plan sea incompatible con los intereses generales de los acreedores); que haya habido alguna irregularidad en la manera de organizar y celebrar la reunión en que se haya efectuado la votación (por ejemplo, si no se ha notificado debidamente la celebración de la reunión); que las propuestas enunciadas en el plan se hayan presentado de forma incorrecta, o que en el plan figuren disposiciones contrarias a la ley; que el plan no sea viable (por ejemplo, si para que pueda ejecutarse con éxito sea preciso contar con bienes gravados, pero los acreedores garantizados no están vinculados por el plan y no se ha llegado a ningún acuerdo con los acreedores garantizados pertinentes sobre la ejecución de sus derechos reales de garantía); que el plan no cumpla los requisitos de protección de los acreedores disconformes dentro de una determinada categoría (por ejemplo, si, conforme al plan, cobrarán menos de lo que habrían percibido en caso de liquidación); que las propuestas perjudican injustamente los intereses de quien impugne el plan; o que el tratamiento de los créditos en el plan no se ajusta al orden de prelación de los créditos previsto en el régimen de la insolvencia (a menos que se haya acordado modificar su orden de prelación).

536. Dado que probablemente todos los acreedores se verán de algún modo perjudicados por el procedimiento de reorganización, para que un acreedor pueda impugnar con éxito la aprobación, se requerirá generalmente que dicho acreedor sufra un daño o perjuicio superior al que el plan ocasione a otros acreedores o a otras categorías de acreedores. Si el acreedor que impugna el plan votó a favor de su aprobación, los motivos de impugnación podrán limitarse, por ejemplo, al fraude y a otras irregularidades.

b) Medidas requeridas para la confirmación judicial

537. Cuando el régimen de la insolvencia exija que el tribunal (o, en algunos países, un órgano administrativo) confirme un plan, se supone que confirmará un plan aprobado por la mayoría requerida de acreedores (tanto si han votado por categorías como de otra forma). Muchos países permiten a los tribunales desempeñar un papel activo declarando un plan vinculante para una categoría de acreedores que no lo haya aprobado e imponiéndoles su ejecución. Esto puede hacer necesario que el tribunal asuma una función de carácter jurídico formal; no se trata de que el tribunal haya de examinar las razones comerciales en que se basó la aprobación del plan, sino más bien de que se cerciore de que el plan se aprobó debidamente (es decir, de que no se cometió fraude en el proceso de aprobación) y de que se cumplieron ciertos requisitos. Estos requisitos pueden ser análogos o idénticos a los exigibles para la impugnación de un plan, por ejemplo, que las categorías de acreedores que discrepen participen en sus beneficios económicos; que las categorías de acreedores disconformes cobrarán conforme al plan, lo mismo que habrían percibido en caso de liquidación; que ningún acreedor perciba una suma superior al valor total de su crédito; que en el plan se reconozca el orden normal de prelación de los créditos previsto en el régimen de la insolvencia; y que los acreedores con un grado de prelación similar sean tratados en pie de igualdad. En algunos regímenes de la insolvencia se permite que las categorías de acreedores no garantizados sin derecho a prelación consientan, mediante el voto favorable de la mayoría requerida en su categoría respectiva, en que no se les dé la prioridad que les correspondería, en virtud del régimen de la insolvencia, a efectos de distribución en el marco de una

liquidación. Por ejemplo, una categoría de acreedores ordinarios sin garantía que no vayan a cobrar íntegramente sus créditos podría consentir que se pagara antes a una categoría subordinada de titulares de créditos o de capital social de la empresa deudora. En general, los créditos y gastos relativos a la administración de la masa o que gocen de prelación deberán pagarse en su totalidad para que pueda confirmarse el plan de reorganización, salvo que el titular de tales créditos o las personas a las que deban reembolsarse tales gastos acepten un trato diferente. Ciertos regímenes exigen al tribunal que tome en consideración otros factores, por ejemplo, si el plan puede considerarse equitativo para las categorías de acreedores cuyos intereses se vean perjudicados por él, pero que no obstante lo hayan aceptado.

538. Algunos regímenes de la insolvencia autorizan también al tribunal a rechazar un plan si estima que no es viable o que resulta imposible de ejecutar, desde un punto de vista práctico más que económico. Esta facultad puede estar justificada, por ejemplo, cuando los acreedores garantizados no estén vinculados por el plan, pero éste no prevea el pago íntegro de sus créditos garantizados. En tal situación, el tribunal puede rechazar el plan, ante la posibilidad de que los acreedores garantizados ejerzan sus derechos sobre los bienes gravados, imposibilitando así la ejecución del plan. Ese riesgo debería preverse en las disposiciones que regulen la preparación y aprobación del plan.

539. Cuanto más complejas sean las decisiones que el tribunal deba adoptar respecto de la aprobación o la confirmación del plan, más importantes serán los conocimientos y la pericia que precisarán los jueces y mayores serán las posibilidades de que intervengan y juzguen los motivos eminentemente comerciales por los que los acreedores opten por aceptar o rechazar un plan. Es conveniente, en particular, no requerir del tribunal que juzgue los criterios económicos y comerciales por los que se hayan guiado los acreedores al votar sobre el plan (incluidas las cuestiones de equidad que no guarden relación con el procedimiento de aprobación sino más bien con las cuestiones de fondo que se hayan convenido en el plan), ni pedirle que examine aspectos específicos del plan, como su viabilidad económica, a menos que posea conocimientos y experiencia en la materia. Por estas razones, es conveniente que los requisitos de aprobación del plan por los acreedores y, en su caso, de confirmación por el tribunal estén cuidadosamente formulados para reducir al mínimo la posibilidad de que se planteen problemas como los examinados.

9. Efectos de un plan aprobado y confirmado

540. Una vez que la mayoría necesaria de acreedores haya aprobado el plan y que, cuando proceda, lo haya confirmado el tribunal, los regímenes de la insolvencia disponen en general que el plan será vinculante para todos los acreedores ordinarios no garantizados que se vean afectados por él, incluidos los acreedores que hayan votado a favor del plan, los acreedores disconformes y los que no hayan participado en la votación. Algunos regímenes de la insolvencia prevén también que el plan será vinculante para los directivos, los accionistas y los miembros de la empresa del deudor, así como para otras partes, según lo determine el tribunal. Algunos regímenes de la insolvencia establecen que las partes vinculadas no podrán solicitar al tribunal que se liquide la empresa del deudor (excepto en determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando fracase la ejecución del plan o cuando el deudor incumpla las obligaciones que el imponga el plan); tampoco podrán iniciar o

continuar actuaciones judiciales contra el deudor ni proseguir la ejecución sin la aprobación del tribunal. Algunos regímenes disponen asimismo que, una vez que los acreedores hayan aprobado el plan y que, cuando proceda, lo haya confirmado el tribunal, se devolverá al deudor el control de los bienes de la masa de la insolvencia, para que ejecute el plan, el cual puede prever que el deudor quede liberado de sus deudas y obligaciones.

10. Impugnación del plan después de su confirmación por el tribunal

541. Muchos de los regímenes de la insolvencia que requieren la confirmación judicial del plan prevén que el plan pueda ser impugnado ante el tribunal después de que éste lo haya confirmado (en algunos casos, en determinado plazo). Dado que el tribunal, para confirmar un plan, debe cerciorarse de que se hayan cumplido determinados requisitos, es posible que los motivos de impugnación de un plan después de su confirmación sean más limitados que los que puedan alegarse al impugnar un plan en el momento de su confirmación y que sólo pueda invocarse, por ejemplo, el motivo de fraude. Cuando el régimen de la insolvencia permita impugnar el plan después de su confirmación, puede ser conveniente fijar el plazo de impugnación a partir de la fecha en que se haya descubierto el fraude y especificar quién podrá ejercer el derecho de impugnación. Si el tribunal falla a favor de la parte que impugne un plan ya confirmado, el régimen de la insolvencia puede prever diversas consecuencias. Por ejemplo, puede anularse el plan y convertir la reorganización en un procedimiento de liquidación, o puede dejarse al deudor en su situación de precariedad financiera, devolviéndole el control sobre los bienes. Este último enfoque no resuelve las dificultades financieras del deudor y puede simplemente retrasar la apertura del procedimiento de liquidación, provocando una mayor disminución del valor de los bienes del deudor antes de que finalmente se abra el procedimiento de liquidación. Al determinar la solución más apropiada para el supuesto en que la impugnación prospere, convendrá tomar en consideración si el plan ya ha empezado a ejecutarse y cómo habrá que proceder si, durante la ejecución, ya se han adoptado medidas y, por ejemplo, se han hecho pagos a los acreedores.

11. Enmienda del plan después de su aprobación por los acreedores

542. El régimen de la insolvencia puede también prever la posibilidad de modificar, hasta cierto punto, un plan ya aprobado por los acreedores (y antes y después de su confirmación judicial, cuando sea un requisito), si fracasa su ejecución o es total o parcialmente inviable, y si con la modificación puede resolverse el problema planteado. Entre los regímenes de la insolvencia que permiten modificar el plan, algunos disponen que sólo podrá modificarse si los cambios propuestos redundan en beneficio de los acreedores. Otros regímenes disponen que el plan podrá modificarse si las circunstancias lo justifican y el plan, una vez modificado, sigue satisfaciendo los requisitos del régimen de la insolvencia relativos, por ejemplo, al contenido, a las categorías de acreedores y a la notificación que debe dárseles. En general, toda parte interesada podrá proponer en todo momento modificaciones del plan. La única limitación temporal puede afectar a la aprobación de una modificación por el tribunal. Para ello, es preciso que el procedimiento continúe en marcha y que el tribunal pueda conocer del asunto. Si el procedimiento concluye tras la aprobación (y confirmación) de un plan, puede ser suficiente que los

acreedores afectados aprueben la enmienda propuesta, a menos que se imponga algún otro requisito.

543. Según el tipo de modificación que se solicite, tal vez no sea necesario obtener la aprobación de todas las categorías de acreedores, dado que, en algunos casos, puede resultar difícil de obtener. Otras opciones pueden consistir en permitir que, en el caso de modificaciones leves, puedan aprobarlas el tribunal o los acreedores afectados por ellas; o en disponer que deberá notificarse la modificación propuesta a los acreedores que hayan apoyado la aprobación del plan y que dichos acreedores dispondrán de un determinado plazo para oponerse a la modificación, transcurrido el cual se considerará que la han aceptado. Cabe adoptar el mismo criterio respecto de los acreedores que no hayan aprobado el plan. Cuando la modificación propuesta sea de considerable importancia, puede requerirse la aprobación de todos los acreedores. Los regímenes de la insolvencia que requieran la confirmación judicial del plan pueden también exigir que las modificaciones cumplan las reglas o requisitos para la confirmación.

544. Sea cual sea el enfoque adoptado, es conveniente que el régimen de la insolvencia no sólo exija notificar la modificación a los acreedores pertinentes (ya sea a todos ellos o únicamente a los afectados por tal modificación), especificando qué parte deberá efectuar la notificación, sino que además obligue a revelar información sobre los motivos del fracaso del plan y de la modificación propuesta. Cuando el tribunal haya confirmado el plan original, es posible que también deba confirmar la modificación. Cuando no se obtenga o no pueda obtenerse la aprobación requerida de las modificaciones propuestas, será conveniente que el régimen de la insolvencia prevea las consecuencias de tal supuesto. Estas consecuencias pueden ser análogas a las ya indicadas respecto de la situación en que los acreedores no aprueben el plan y en que prosperen las impugnaciones del plan, debiéndose tener en cuenta las medidas que ya puedan haberse adoptado al ejecutar el plan y previéndose el modo en que habrá que proceder respecto de los pagos efectuados, los contratos mantenidos en vigor y otras medidas.

12. Ejecución del plan

545. Muchos planes pueden ser ejecutados por el deudor sin necesidad de que intervenga el tribunal o el representante de la insolvencia. Así ocurre particularmente en el caso de una reorganización en que el deudor siga en posesión de sus bienes, y en los regímenes que dan por concluido el procedimiento en cuanto surta efecto el plan. En otros regímenes que prevén que el procedimiento no concluya en ese momento, sino cuando el plan se haya ejecutado íntegramente, a veces puede ser necesario requerir que una persona independiente supervise o controle la ejecución del plan. Varios regímenes de la insolvencia atribuyen al tribunal una función de supervisión continua del deudor, desde la aprobación y confirmación del plan hasta que concluya su ejecución. Esta función puede ser importante cuando se planteen cuestiones de interpretación del cumplimiento de las obligaciones del deudor o de otras partes. En algunos países se prevé que el tribunal autorice a un supervisor o a un representante de la insolvencia ejercer distintos grados de supervisión de los negocios del deudor después de la aprobación del plan. En otros regímenes se permite a los acreedores nombrar un supervisor o representante encargado de supervisar la ejecución del plan.

13. Fracaso de la ejecución del plan

546. Si el deudor incumple las obligaciones que le imponga el plan o si, por alguna otra razón, fracasa su ejecución, los regímenes de la insolvencia regulan de distintos modos las consecuencias de tal incumplimiento o fracaso. Algunos disponen que el tribunal podrá poner fin a la ejecución del plan y convertir la reorganización en un procedimiento de liquidación. Otras leyes disponen que sólo se pondrá fin al plan respecto de la obligación concreta que se haya incumplido (por lo demás, el plan seguirá siendo válido). El acreedor afectado no estará vinculado por el plan y tendrá derecho a cobrar íntegramente su crédito (cuando haya aceptado percibir, conforme al plan, una suma inferior). En algunos casos, esto sólo ocurrirá cuando el deudor se haya demorado notablemente[91] en el cumplimiento de las obligaciones que le imponga el plan. En algunos países, las consecuencias de tal incumplimiento pueden determinarse en el propio plan.

547. Otro método puede consistir en considerar que el procedimiento de insolvencia ha terminado y permitir que los acreedores se acojan a los demás recursos previstos por la ley. Como ya se ha señalado, este criterio no resuelve las dificultades financieras del deudor y puede provocar una pugna por los bienes, que justamente se pretendía evitar con la apertura de procedimientos colectivos. Una solución de transacción puede consistir en que los acreedores puedan proponer un plan diferente en un plazo determinado, y que sólo se pueda recurrir a la liquidación cuando no se consiga elaborar un plan aceptable durante ese plazo. Debe reconocerse que en algún momento, cuando haya que optar entre la obtención del mejor resultado para todos los acreedores y una solución viable, se tenderá a preferir la opción viable, por lo que es conveniente que el régimen de la insolvencia sea lo suficientemente flexible para dejar abierta esa posibilidad.

14. Conversión del procedimiento de reorganización en liquidación

548. En el transcurso del procedimiento de reorganización pueden surgir circunstancias en que sea conveniente que el régimen de la insolvencia prevea un mecanismo para que el procedimiento pase a ser de liquidación. Los principales motivos por los que cabría permitir el cambio de procedimiento serían: el hecho de que no se propusiera ni aprobara un plan de reorganización o de que no se aprobaran las propuestas de modificación del plan; la imposibilidad de obtener su confirmación (cuando se requiera la confirmación judicial del plan); el hecho de que prospere toda impugnación de un plan aprobado o confirmado; el hecho de que, en una reunión de acreedores se decida, por voto mayoritario, poner fin a la reorganización; o todo incumplimiento importante o sustancial por el deudor de las obligaciones que le imponga el plan. También puede ser apropiado estudiar la posibilidad de liquidar la empresa cuando no se vislumbre ninguna posibilidad razonable de que la reorganización pueda prosperar; cuando resulte evidente que el deudor está abusando del procedimiento de reorganización, negándose a cooperar con el representante de la insolvencia o con el tribunal (por ejemplo, ocultando información) o actuando de mala fe de algún otro modo (por ejemplo, efectuando transferencias fraudulentas); cuando el negocio siga registrando pérdidas durante el

[91] En un régimen concreto, se requiere para ello que el acreedor haya presentado una reclamación de pago de la obligación vencida y que el deudor no haya efectuado el pago en un plazo mínimo de, por lo menos, dos semanas.

período de reorganización; o cuando no se paguen los gastos de administración de la masa (véase también el capítulo I.B.8). Algunos regímenes imponen, además, al representante de la insolvencia la obligación de renunciar a su mandato de administración del procedimiento de reorganización en cuando resulte evidente que no podrá reorganizarse la empresa, a fin de preservar el valor del patrimonio para los acreedores. Si en el régimen de la insolvencia se prevé la posibilidad de convertir un procedimiento de reorganización en liquidación, los acreedores podrán prever mejor la solución definitiva del procedimiento, si bien esta posibilidad podrá causar más demoras y reducir el valor del patrimonio si se exige que el procedimiento de liquidación se abra como si fuera un nuevo procedimiento, en vez de considerarlo la continuación del que se abrió a raíz de la solicitud inicial de apertura.

549. Si el procedimiento de reorganización se convierte en liquidación, el régimen de la insolvencia deberá tener en cuenta también los efectos de las medidas adoptadas por el representante de la insolvencia antes de la aprobación del plan; el mantenimiento de la paralización de las actuaciones, en particular de las emprendidas por acreedores garantizados cuando el régimen prevea un plazo basado en el momento de la apertura (véase el capítulo II.B.3 c)); el modo de proceder respecto de los pagos efectuados durante la ejecución del plan y antes del cambio de procedimiento; y el tratamiento de los créditos de los acreedores que se hayan visto afectados por la reorganización. Tal vez deban protegerse los pagos efectuados durante la reorganización de todo recurso de anulación. Los créditos que se hayan visto perjudicados por la reorganización podrían ser pagaderos en su totalidad en toda liquidación subsiguiente. Tal vez convenga también prever en el plan de reorganización el supuesto de la imposibilidad de su ejecución, especificándose los derechos que tendrán los acreedores en esa eventualidad. De este modo se simplifica la cuestión de cómo deberán tratarse esos créditos y se evita que se planteen cuestiones de difícil solución sobre el derecho aplicable.

550. Cuando el régimen de la insolvencia permita el cambio de procedimiento, se plantea la cuestión conexa de determinar en qué situaciones podrá efectuarse el cambio, y de si el procedimiento pasará a ser automáticamente de liquidación si se cumplen ciertos requisitos o si se requerirá para ello que el representante de la insolvencia o los acreedores lo soliciten al tribunal. Por ser la parte que, además del deudor o de los directivos de la empresa insolvente, posee el conocimiento más cabal de los negocios del deudor y que con frecuencia puede determinar, ya en la fase inicial, si la empresa es viable o no, el representante de la insolvencia puede desempeñar un papel fundamental en el proceso de transformación del procedimiento. Además, puede ser razonable prever que los acreedores o el comité de acreedores (de haberse nombrado uno) soliciten al tribunal el cambio de procedimiento por razones análogas. También cabría facultar al tribunal para ordenar tal cambio por iniciativa propia, cuando se cumplan ciertas condiciones.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas al plan de reorganización tienen por objeto:

a) facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras sujetas al régimen, preservando con ello el empleo y, en los casos apropiados, protegiendo la inversión;

b) determinar las empresas que son susceptibles de reorganización;

c) incrementar al máximo el valor de la masa;

d) facilitar la negociación y aprobación de un plan de reorganización y determinar los efectos de su aprobación, previendo también un mecanismo para que un plan sea vinculante para el deudor, para todos los acreedores y para otras partes interesadas;

e) regular las consecuencias del supuesto en que no se proponga un plan de reorganización aceptable o de que los acreedores no aprueben el plan; una de esas consecuencias podría ser que, en determinadas circunstancias, el procedimiento pasara a ser de liquidación;

f) prever la ejecución del plan de reorganización y las consecuencias de que no llegue a ejecutarse.

Contenido de las disposiciones legales

Preparación del calendario del plan

123) a) Cuando se requiera un plan, el régimen de la insolvencia debería especificar que el plan se proponga al presentarse o una vez presentada la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, o en un determinado plazo a partir de la apertura del procedimiento de insolvencia.

i) Ese plazo debería ser fijado por la ley.

ii) El tribunal debería estar facultado para prorrogar ese plazo cuando las circunstancias lo justifiquen.

b) Además, el régimen de la insolvencia debería regular la cuestión temporal cuando un procedimiento de liquidación pase a ser de reorganización.

Propuesta del plan - partes autorizadas

124) El régimen de la insolvencia debería determinar las partes que estarán autorizadas a proponer un plan para someterlo a aprobación.

125) Al prever la propuesta de un plan de reorganización, el régimen de la insolvencia debería adoptar un criterio flexible que permita la participación en su elaboración de todas las partes que tienen una importancia esencial en el procedimiento de insolvencia, es decir, el deudor, los acreedores y el representante de la insolvencia. La ley puede combinar diversos elementos:

a) Cabría otorgar a una de las partes un plazo de exclusividad para proponer un plan. A fin de alentar a los deudores a solicitar la apertura de un procedimiento

cuando empezaran a experimentar dificultades financieras, convendría dar ese plazo al deudor. Podría requerirse a esa parte que consultara a otras partes a fin de que el plan propuesto resulte aceptable;

b) De no presentarse ningún plan durante ese plazo de exclusividad, cabría dar la oportunidad de proponer un plan a otras partes, como al representante de la insolvencia, a los acreedores o al comité de acreedores en colaboración con el representante de la insolvencia; el tribunal también podría prorrogar el plazo de exclusividad cuando la parte que goce de este derecho pueda demostrar que la prórroga está justificada.

Preparación de una declaración de revelación de datos

126) El régimen de la insolvencia debería exigir que el plan que se someta al examen de los acreedores y de los titulares de acciones vaya acompañado de una declaración en que se revelen datos que permitan adoptar una decisión sobre el plan con conocimiento de causa. Esta declaración debería ser preparada por la misma parte que proponga el plan, y debería presentarse a los acreedores y los titulares de acciones conjuntamente con el plan.

Presentación del plan y de la declaración de revelación de datos

127) El régimen de la insolvencia debería prever un mecanismo para la presentación del plan y de la declaración de revelación de datos a los acreedores y a los titulares de acciones que deban aprobar el plan.

Contenido del plan

128) El régimen de la insolvencia debería especificar los elementos mínimos de información que debería contener el plan, concretamente:

a) detalles sobre las categorías de acreedores y el trato que se dará a cada una de ellas en el plan (por ejemplo, cuánto percibirán y el momento en que cobrarán);

b) las condiciones y cláusulas del plan, entre ellas:

[i) el régimen aplicable a los bienes gravados;]

ii) el régimen aplicable a los contratos, incluidos los contratos de trabajo;

iii) la función que desempeñará el deudor en la ejecución del plan, incluido el control sobre los bienes;

c) los medios de ejecución del plan, que tal vez supongan:

i) la posibilidad de vender una parte o la totalidad del negocio del deudor;

ii) propuestas de modificación de la estructura del capital de la empresa deudora;

iii) la modificación del instrumento constitutivo de la empresa del deudor;

iv) la fusión o consolidación del deudor con una o más personas;

v) [la modificación de las condiciones de los derechos reales, incluida] la prórroga de la fecha de vencimiento o una modificación del tipo de interés u otra condición;

[vi) la posibilidad de seguir utilizando los bienes no gravados;]

vii) la distribución de una parte o de todos los bienes de la masa entre las partes que tengan derechos sobre esos bienes;

viii) la determinación de los encargados de la futura gestión del deudor;

ix) la supervisión de la ejecución del plan.

Contenido de la declaración de revelación de datos

129) El régimen de la insolvencia debería especificar que en la declaración de revelación de datos figurara[92]:

a) información sobre la situación financiera del deudor, con estados del activo y del pasivo y la corriente de liquidez;

b) una comparación entre el trato que se dará a los acreedores en el plan propuesto con lo que percibirían en caso de liquidación;

c) las condiciones que permitirían a la empresa proseguir sus actividades comerciales y que asegurarían el éxito de su reorganización;

d) información que demuestre que, de ejecutarse el plan, el activo de la empresa deudora superará su pasivo y que se han adoptado las disposiciones pertinentes para satisfacer todas las obligaciones previstas en el plan; y

e) información sobre los mecanismos de votación aplicables a la aprobación del plan.

Mecanismos de votación

130) El régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo de votación para la aprobación del plan. Este mecanismo debería prever los acreedores que tendrán derecho a votar sobre el plan; el modo en que se efectuará la votación, ya sea en una reunión convocada al efecto, por correo o por algún otro medio, como por vía electrónica y mediante el voto de mandatarios o por poder; y la posibilidad de que los acreedores puedan votar o no por categorías en función de sus respectivos derechos. El régimen de la insolvencia debería permitir que el plan que se someta a la aprobación de los acreedores pueda ser objeto de negociaciones durante ese proceso de aprobación.

Aprobación del plan por los acreedores de una determinada categoría

131) El régimen de la insolvencia debería especificar la mayoría requerida para la aprobación del plan por una determinada categoría de acreedores. Si la mayoría requerida de votantes apoya el plan, se considerará que esa categoría de acreedores lo aprueba. En el cálculo de esa mayoría deberían computarse los votos emitidos, ya sea en persona, por mandatario o por otros medios.

---

[92] Cuando el representante de la insolvencia no prepare el plan ni la declaración, o no intervenga en su preparación, debería tener que formular observaciones sobre ambos instrumentos.

132) No se recomienda requerir la unanimidad ni la mayoría simple de los votantes. Otra posibilidad consiste en prever una mayoría doble: la del número de votantes y la de los acreedores cuyos créditos representen un determinado porcentaje del valor total de los créditos. En tal caso, puede requerirse una mayoría numérica simple de los votantes combinada con una mayoría simple o superior (por ejemplo, de dos tercios) del valor de los créditos de los acreedores votantes.

Aprobación por categorías de acreedores

133) Si la votación sobre la aprobación del plan se realiza por categorías de acreedores, el régimen de la insolvencia debería especificar qué efectos tendrían los resultados de la votación de cada categoría a efectos de la aprobación del plan. [Se pueden adoptar diversos criterios, por ejemplo, requerir la aprobación de una determinada mayoría del total de categorías o de todas ellas.]

134) Cuando el régimen no requiera la aprobación de todas las categorías de acreedores, debería regularse el trato que habrá que dar a las categorías que no hayan votado a favor de un plan aprobado por [las categorías requeridas] [la mayoría requerida de categorías] de acreedores.

Desaprobación del plan

135) El régimen de la insolvencia debería especificar las consecuencias del caso en que el plan no sea aprobado por la mayoría requerida de acreedores.

Efectos vinculantes del plan

136) El régimen de la insolvencia debería especificar que el plan será vinculante para el deudor, para los acreedores y para otras partes interesadas:

a) si resulta aprobado por la mayoría requerida de los acreedores; o

b) si, tras ser aprobado por dicha mayoría, es confirmado por el tribunal.

Posibilidad de seguir utilizando los bienes gravados

[137) La ley podrá disponer que si los acreedores garantizados no apoyan el plan y si los bienes gravados son necesarios para la reorganización, el tribunal podrá ordenar que dichos bienes sigan utilizándose en el procedimiento de reorganización, a reserva de las salvaguardias necesarias para proteger los intereses de los acreedores garantizados.]

Confirmación de un plan aprobado

138) Cuando la ley exija la confirmación judicial del plan aprobado, debería confirmarlo en los siguientes supuestos:

a) cuando el proceso de aprobación se haya efectuado en la debida forma;

[b) cuando el trato dado a los acreedores haya sido justo y equitativo;]

c) cuando, conforme al plan, los acreedores vayan a percibir una suma equivalente o superior a la que habrían cobrado en caso de liquidación, a menos que hayan convenido expresamente en percibir una suma inferior;

d) cuando el plan no prevea ninguna disposición contraria al derecho general;

[e) cuando los créditos y gastos administrativos y los créditos con derecho de prelación vayan a ser pagados íntegramente, a menos que el titular del crédito o la parte que reclame el reembolso del gasto acepte recibir un trato diferente;] y

[f) cuando el trato que vaya a darse a los créditos[93] con arreglo al plan se ajuste al orden de prelación de los créditos previsto en el régimen de la insolvencia, excepto si los acreedores afectados han convenido en modificar ese orden[94].]

Impugnación de la aprobación del plan (cuando no se requiera su confirmación judicial)

139) Cuando un plan pueda adquirir carácter vinculante una vez aprobado por los acreedores, sin que se requiera su confirmación judicial, el régimen debería prever la posibilidad de que las partes interesadas, incluido el deudor, impugnaran la aprobación del plan. El régimen de la insolvencia debería especificar los criterios para determinar si la impugnación está justificada o no, concretamente:

a) si se dan los motivos enunciados en la recomendación 142); y

b) si ha habido fraude, en cuyo caso deberían ser aplicables los párrafos a) a c) de la recomendación 144).

Impugnación de un plan confirmado

140) El régimen de la insolvencia debería permitir la impugnación de un plan confirmado, si se descubre que ha habido fraude. En tal caso, el régimen de la insolvencia debería determinar:

a) el plazo para presentar la impugnación, que debería contarse a partir del momento en que se haya descubierto el fraude;

b) la parte que podrá presentar la impugnación; y

c) la obligación de presentar la impugnación ante el tribunal.

141) El régimen de la insolvencia debería prever las consecuencias del éxito de toda impugnación presentada conforme a las recomendaciones 139) y 140).

Modificación del plan

142) El régimen de la insolvencia debería permitir modificar un plan vinculante y especificar las partes que podrán proponer enmiendas y el momento en que podrá modificarse el plan.

Aprobación de las modificaciones

143) El régimen de la insolvencia debería establecer el mecanismo para la aprobación de modificaciones del plan. Conforme a ese mecanismo debería exigirse

[93] Incluidos los créditos y los gastos administrativos.

[94] El tribunal deberá cerciorarse de que, si uno o más de los acreedores percibirán una suma inferior a la que les correspondería conforme al orden de prelación establecido en el régimen, esos acreedores han accedido a ello.

la notificación de los acreedores y de otras partes interesadas; especificarse la parte que deberá efectuar la notificación; exigirse la aprobación de los acreedores afectados por la modificación y el cumplimiento de las normas para su confirmación (cuando se requiera tal confirmación). Además, el régimen de la insolvencia debería especificar las consecuencias de que no se aprobaran las modificaciones propuestas.

Supervisión de la ejecución del plan

144) La ley podrá establecer un mecanismo para supervisar la ejecución del plan; esta función podrá corresponder al tribunal, a un supervisor designado al efecto por el tribunal, al representante de la insolvencia o a un supervisor nombrado por los acreedores[95].

Conversión del procedimiento de reorganización en liquidación

145) El régimen de la insolvencia debería permitir que el tribunal convirtiera el procedimiento de reorganización en liquidación en los siguientes supuestos:

[a) cuando, al término de un plazo prescrito por la ley, no se hubiera propuesto ningún plan y el tribunal no hubiera concedido ninguna prórroga del plazo;]

[b) cuando el representante de la insolvencia o los acreedores solicitaran este cambio de procedimiento;]

c) cuando no se aprobara un plan propuesto;

d) cuando el tribunal no confirmara un plan aprobado (si la ley requiere confirmación judicial);

e) cuando se impugnara con éxito un plan aprobado o confirmado;

f) cuando se hubiera producido un incumplimiento sustancial de las condiciones del plan.

B. Procedimiento de reorganización agilizado

1. Introducción

551. Conforme a lo ya tratado en la primera parte de la Guía, la reorganización puede revestir diversas formas, como la reorganización oficial, efectuada bajo la supervisión formal de un tribunal u órgano administrativo (que es el principal tipo de reorganización estudiado en esta Guía), y la reorganización oficiosa (llevada a cabo en un marco extrajudicial), consistente en la negociación y aceptación de un plan (que en el presente análisis se denominan negociaciones y acuerdos de reestructuración voluntaria), que requiere una intervención judicial limitada o nula. Estos tipos de reorganización dependen esencialmente del acuerdo de las partes afectadas. Dado que muchos de los gastos, demoras y requisitos procesales o jurídicos de un procedimiento oficial de reorganización pueden evitarse cuando se recurre a negociaciones de reestructuración voluntaria, este tipo de negociaciones puede resultar a veces el medio más económico de resolver las dificultades

[95] Cuando el procedimiento afecte a un deudor que conserve la posesión de sus bienes, o concluya con la aprobación del plan, tal vez no sea necesario nombrar un supervisor.

financieras de un deudor, aunque puede no resultar eficaz en todos los casos de dificultades financieras, porque depende de algunas condiciones que se examinan más adelante. Sin embargo, estas negociaciones pueden ser instrumentos valiosos entre las diversas soluciones a que pueden recurrir los sectores comerciales y empresariales de cada país. El hecho de que se fomenten estas soluciones negociadas no obedece necesariamente a que el régimen oficial de la insolvencia de un determinado país sea deficiente, ineficaz o poco fiable, sino a las ventajas de equidad y claridad que pueden aportar esas soluciones como complemento de un régimen de la insolvencia.

552. El logro de un acuerdo en las negociaciones voluntarias de reestructuración se ve a veces obstaculizado por la posibilidad de cada acreedor de entablar una acción para la ejecución de sus derechos y por la necesidad del consentimiento unánime de los acreedores para modificar las condiciones de reembolso de ciertas clases de deudas. Estos problemas se ven exacerbados en el contexto de las empresas multinacionales de estructura compleja, en el que es especialmente difícil obtener el consentimiento de todas las partes pertinentes. Para facilitar el éxito de estas negociaciones, la Federación Internacional de Profesionales de la Insolvencia (INSOL) elaboró los *Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts*. Estos principios se han concebido con la finalidad de agilizar las negociaciones y de incrementar las posibilidades de éxito dando orientación a diversos grupos de acreedores sobre cómo proceder sobre la base de algunas normas convenidas.

553. Las negociaciones voluntarias de reestructuración pueden verse también obstaculizadas por una minoría de acreedores afectados que se nieguen a aceptar soluciones que beneficien a la mayoría de los acreedores y que traten de aprovecharse de su posición para conseguir mejores condiciones para ellos a expensas de otras partes (estrategia de "holding out"). Cuando se producen esas resistencias, el acuerdo voluntario sólo podrá prosperar si es posible, por algún medio, modificar los derechos contractuales de los acreedores discrepantes sin su consentimiento. Conforme a la mayoría de los ordenamientos jurídicos existentes, esa modificación de derechos contractuales exige convertir el acuerdo voluntario en todo un procedimiento de reorganización bajo supervisión judicial conforme al régimen de la insolvencia, en el que participen todos los acreedores y que regule el trato dado a las partes, con las debidas salvaguardias para proteger los intereses de los acreedores disconformes. El factor "tiempo" suele tener una importancia decisiva en la reestructuración de empresas y las demoras (generalmente inherentes a todo procedimiento completo de insolvencia con supervisión judicial) pueden resultar costosas o incluso fatales, pudiendo hacer fracasar la reorganización. En consecuencia, es importante que el tribunal pueda aprovechar las negociaciones voluntarias y que acepte un plan de reestructuración convenido antes de la apertura del procedimiento de reorganización regulado por el régimen de la insolvencia y que el régimen permita al tribunal agilizar esos procedimientos de reorganización, que en la presente sección se denominan procedimientos agilizados de reorganización.

2. Acreedores que suelen participar en las negociaciones voluntarias de reestructuración

554. En las negociaciones voluntarias de reestructuración suelen participar el deudor y una o más categorías de acreedores, como prestamistas, obligacionistas y accionistas. A menudo participan también en ellas grandes acreedores no

institucionales, que generalmente son, por su considerable importancia, imprescindibles para toda reestructuración eficaz. Estos tipos de acreedores consideran a menudo ventajoso participar en estas negociaciones, porque pueden permitirles reducir las pérdidas que sufrirían en un procedimiento completo de insolvencia bajo supervisión judicial.

555. El hecho de que en las negociaciones voluntarias de reestructuración y, por tanto, en los procedimientos agilizados participe normalmente un número limitado de categorías de acreedores, hace que sea más fácil llegar a un acuerdo que en una reorganización supervisada por el tribunal, que suele afectar a todos los créditos. Es habitual que en las negociaciones voluntarias de reestructuración estos tipos de acreedores no institucionales sigan recibiendo pagos en el curso ordinario de los negocios. Por esta razón, es improbable que esos acreedores se opongan a la reestructuración propuesta. Sin embargo, cuando el acuerdo voluntario de reestructuración prevea la modificación de los derechos de esos acreedores, se requerirá que éstos aprueben la modificación propuesta.

3. Procedimiento para ejecutar un acuerdo voluntario de reestructuración

556. El régimen de la insolvencia puede prever el reconocimiento de un plan negociado y convenido antes de la apertura de un procedimiento de reorganización regulado por dicho régimen, así como la agilización de ese procedimiento. En tal caso, habrá que plantearse a qué deudores podrá aplicarse el procedimiento y qué partes podrán verse afectadas por él.

a) Deudores habilitados

557. El procedimiento agilizado de reorganización podrá iniciarse a petición de cualquier deudor que tenga derecho a entablar procedimientos en virtud de las disposiciones generales del régimen de la insolvencia que rijan la reorganización.

558. Cuando el régimen de la insolvencia prevea la obligación de abrir un procedimiento de insolvencia cuando el deudor cumpla determinados criterios relativos a su situación financiera (por ejemplo, el hecho de ser insolvente), tal vez sea necesario disponer expresamente que para la apertura de procedimientos agilizados deban satisfacerse esos criterios. Otra posibilidad consistiría en que el régimen de la insolvencia pueda conceder una moratoria al deudor, mediante la cual no incumpla esos criterios (y evite así que se le impongan sanciones por el incumplimiento de la obligación de solicitar la apertura de un procedimiento).

b) Obligaciones afectadas

559. Como ya se ha señalado, los tipos de obligación de que se suele tratar en las negociaciones voluntarias de reestructuración son las deudas contraídas en forma de préstamos, tanto institucionales como públicas, garantizadas o sin garantía, y obligaciones financieras análogas. Las deudas garantizadas también podrían tratarse en estas negociaciones, con el consentimiento de los acreedores garantizados. En cambio, no suelen entrar en las negociaciones las deudas frente a otros acreedores, como los acreedores comerciales, los acreedores privilegiados, como los organismos tributarios y de seguridad social, ni los sueldos adeudados a los empleados, debido a las dificultades que puede entrañar la obtención de las aprobaciones necesarias para

el ajuste de sus créditos[96], y estos acreedores siguen recibiendo pagos durante el curso ordinario de los negocios de la empresa. No obstante, estos acreedores podrían participar en las negociaciones, en particular si en la reorganización se modificara alguno de sus derechos, siempre y cuando se respetaran todas las salvaguardias previstas en el régimen de la insolvencia. Las obligaciones concretas afectadas en un determinado caso serían las señaladas en el plan que hubiera de confirmarse conforme a este tipo de procedimiento.

c) Aplicación del régimen de la insolvencia

560. Además de determinar qué deudores podrán ser objeto de este tipo de procedimiento y quién podrá solicitar su apertura, todo régimen de la insolvencia que permita procedimientos agilizados deberá especificar cuáles de sus disposiciones aplicables a los procedimientos con supervisión judicial se aplicarán a los procedimientos agilizados, particularmente si debe modificarse la forma en que se aplican. Por ejemplo, las disposiciones que generalmente se aplicarían a este tipo de procedimientos del mismo modo que en los procedimientos bajo supervisión judicial (a menos que se modificaran expresamente) podrían ser las relativas a: los procedimientos de solicitud; la apertura; la aplicación de la paralización; los requisitos para la preparación de una lista de todos los acreedores (a fin de informar al tribunal y de especificar sin lugar a dudas quién se verá afectado por el plan y quién no); los requisitos para la aprobación del plan (incluso la notificación de los acreedores afectados, la determinación de las categorías de acreedores, los comités de acreedores, los criterios y las mayorías requeridas para la aprobación); los efectos y la confirmación del plan; las cuestiones relativas a la ejecución del plan y la satisfacción de los créditos. Para el caso de que fracase la ejecución de un plan confirmado en un procedimiento agilizado, el régimen de la insolvencia deberá prever las consecuencias de tal eventualidad y, en particular, si serán las mismas que tendría el fracaso de un plan aprobado en un procedimiento oficial (cuestión examinada en el capítulo IV.A.13 y 14); deberá determinar también la necesidad de prever disposiciones especiales respecto de los pagos ya efectuados durante la ejecución del plan.

561. Las disposiciones del régimen de la insolvencia no aplicables a los procedimientos agilizados podrían ser los requisitos de suspensión general de pagos o de insolvencia; nombramiento de un representante de la insolvencia, a menos que el plan lo disponga expresamente; presentación de los créditos; notificación y plazos para la aprobación del plan (si el régimen prevé tales disposiciones); y votación sobre el plan. Otra excepción de importancia a la aplicación del régimen de insolvencia sería que, en caso de demostrarse que el plan de reorganización tiene muchas probabilidades de ser confirmado, el tribunal pudiera autorizar que durante el procedimiento se siguiera pagando a los acreedores no afectados por el plan, en el curso ordinario de los negocios.

562. La solicitud de apertura de un procedimiento agilizado tal vez tenga que ser algo diferente de una solicitud de un procedimiento bajo supervisión judicial, a fin de tener en cuenta las consideraciones peculiares de tales procedimientos. Esta solicitud puede contener, por ejemplo, información suplementaria acerca de las

[96] Estos créditos comerciales podrían reestructurarse si pudiera obtenerse la aprobación por la mayoría requerida.

negociaciones que ya hayan tenido lugar y de la solicitud y la votación de las categorías de acreedores afectadas antes de la apertura, así como sobre las salvaguardias que se hayan previsto para los acreedores disconformes dentro de las categorías aceptantes. Tal vez convenga también que el régimen de la insolvencia determine si la solicitud provocará automáticamente la apertura de un procedimiento o si el tribunal deberá examinar la solicitud; en este último caso, es conveniente que el plazo para ese examen judicial sea lo más breve posible, en particular porque la solicitud se basa en negociaciones y en un acuerdo, y toda demora perjudica a la empresa del deudor y va también en detrimento de la ejecución del plan.

d) Agilización del procedimiento

563. A fin de aprovechar al máximo el acuerdo negociado y de evitar demoras que puedan imposibilitar su aplicación, tal vez convenga que el régimen de la insolvencia prevea disposiciones que permitan tramitar este tipo de procedimiento con más celeridad que el procedimiento ordinario de reorganización con supervisión judicial. Por ejemplo, si se han negociado un plan y otros documentos que cumplen los requisitos formales del régimen de la insolvencia y que cuentan con el apoyo de una mayoría sustancial, podría autorizarse al tribunal a convocar una reunión o, en su caso, una audiencia inmediata, con lo que se ahorraría tiempo y gastos. Cabría también prever una exención de ciertos trámites del procedimiento oficial. Por ejemplo, si un plan de reestructuración negociado ha obtenido el apoyo de una mayoría de los acreedores de una determinada categoría, en general de los acreedores institucionales, suficiente para cumplir los requisitos de votación previstos en el régimen de la insolvencia para la aprobación de un plan de reorganización, y si con la ejecución del plan no se perjudicarán los derechos de otros acreedores, el tribunal podría convocar una reunión o una audiencia a la que asistieran únicamente los acreedores de esa categoría que ha aprobado el plan. Del mismo modo, si la votación de las categorías afectadas de acreedores se ha efectuado conforme a las leyes aplicables al respecto (incluidos los requisitos de revelación que prevean las leyes que rigen los valores bursátiles), debería ser posible que el tribunal dispensara de los trámites posteriores a la apertura.

564. Incluso cuando el régimen de la insolvencia prevea criterios para los casos que puedan ser objeto de procedimientos agilizados, es muy conveniente que no disponga salvaguardias de menor alcance para los acreedores disconformes y otras partes que la que prevea para tales acreedores en los procedimientos ordinarios de reorganización bajo supervisión judicial. Por consiguiente, entre los requisitos procesales para esos procedimientos agilizados de reorganización deben preverse, en lo sustancial, las mismas salvaguardias y garantías que se prescriben para los procedimientos ordinarios de reorganización bajo supervisión judicial.

565. En otros regímenes puede convenir modificar las disposiciones para fomentar o prever tanto las negociaciones voluntarias de reestructuración como este tipo de procedimientos agilizados de reorganización. Por ejemplo, hay regímenes en virtud de los cuales los directivos de empresas pueden incurrir en responsabilidad por las operaciones comerciales realizadas durante las negociaciones oficiosas de reorganización; regímenes que no reconocen las obligaciones por créditos concedidos durante ese período o que prevén que esas obligaciones puedan ser impugnadas y anuladas; y regímenes que restringen la conversión de la deuda en capital social.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas a los procedimientos de insolvencia en los que se combinan las negociaciones voluntarias de reestructuración y la aceptación de un plan con un procedimiento agilizado regulado por la ley con miras a la aprobación judicial del plan tienen por objeto:

a) reconocer que las negociaciones voluntarias de reestructuración, en las que suele tratar la reestructuración de la deuda contraída con prestamistas y con otros acreedores institucionales, y también con importantes acreedores no institucionales cuando su participación es decisiva para la reestructuración, pero en las que no participan todas las categorías de acreedores, constituyen un instrumento económico y eficiente para rehabilitar las empresas en dificultades financieras;

b) alentar y facilitar el recurso a negociaciones voluntarias de reestructuración;

c) formular un procedimiento regulado por ley que:

i) preserve las ventajas logradas en las negociaciones voluntarias de reestructuración cuando la mayoría de cada una de las categorías de acreedores afectadas acepten un plan;

ii) reduzca al mínimo las demoras y los gastos y evite el fracaso del plan convenido en las negociaciones voluntarias de reestructuración;

iii) vincule a los miembros minoritarios de cada categoría afectada de acreedores y accionistas que no acepten el plan negociado;

iv) prevea los mismos requisitos de fondo, pero con plazos más breves, que para los procedimientos de reorganización regulados por la ley, y que disponga esencialmente las mismas salvaguardias;

d) suspender, con las debidas salvaguardias, los requisitos de otras leyes que puedan impedir o inhibir el uso de procesos que retrasen la invocación del régimen[97].

Contenido de las disposiciones legales

Apertura de un procedimiento de reorganización agilizado

146) El régimen de la insolvencia debería especificar que podrá iniciarse un procedimiento agilizado a instancia de todo deudor que:

[a) probablemente no pueda, en general, pagar las deudas a su vencimiento [o cuyo pasivo supere probablemente a su activo]] [tenga derecho a iniciar un

[97] Por ejemplo, requisitos que exijan un consentimiento unánime para ajustar las deudas al margen del procedimiento de la insolvencia, y la responsabilidad de los directivos de la empresa si el deudor prosigue sus actividades comerciales durante el período en que tengan lugar las negociaciones extrajudiciales, o que no reconozcan las obligaciones contraídas a raíz de créditos otorgados durante este período, y que restrinjan la conversión de la deuda en capital social.

procedimiento de reorganización conforme a lo dispuesto en el régimen de la insolvencia];

b) haya negociado un plan que haya sido aceptado por [votación, realizada con arreglo a la mayoría requerida por otras leyes aplicables al margen de la insolvencia] cada categoría afectada de acreedores y por cada acreedor afectado que no forme parte de una categoría con derecho a votar; y

c) cumpla los requisitos de jurisdicción para la apertura de un procedimiento ordinario de reorganización conforme a la ley.

Requisitos para la presentación de la solicitud

147) El régimen de la insolvencia debería especificar que la solicitud de apertura de un procedimiento agilizado de reorganización debe ir acompañada de la siguiente documentación suplementaria:

a) el plan y la declaración de revelación de datos;

b) una descripción de las negociaciones voluntarias de reestructuración que precedieron a la solicitud de apertura, incluida la información proporcionada a los acreedores afectados, para ayudarlos a adoptar, sobre el plan, una decisión con conocimiento de causa [o un resumen de esa información];

c) un documento que certifique que se paga, en el curso ordinario de los negocios, a los acreedores no afectados y que el plan no modifica ni menoscaba los derechos ni los créditos de los acreedores privilegiados, como los organismos tributarios o de seguridad social, ni los de los empleados sin el consentimiento de dichas partes;

d) un informe sobre las votaciones de las categorías afectadas de acreedores que demuestre que esas categorías se han pronunciado a favor del plan con las mayorías especificadas por la ley;

e) un informe sobre los acreedores que hayan aceptado el plan, a pesar de que en él se prevea una modificación de sus derechos;

f) un análisis financiero u otras pruebas que demuestren que el plan cumple todos los requisitos exigibles para una reorganización; y

g) la lista de los miembros de los comités de acreedores que se hayan formado durante las negociaciones oficiosas.

Apertura del procedimiento

148) El régimen de la insolvencia debería especificar que la solicitud de apertura provocará automáticamente la apertura de un procedimiento, o que el tribunal deberá determinar sin demora si procede o no iniciar un procedimiento.

Efectos de la apertura

149) El régimen de la insolvencia debería especificar que:

a) las disposiciones del régimen aplicables a los procedimientos ordinarios de reorganización lo serán también a los procedimientos agilizados, a menos que se indique lo contrario[98];

b) [a menos que el tribunal decida otra cosa] la apertura sólo debería tener efectos sobre el deudor, sobre los distintos acreedores y las categorías de acreedores y accionistas que se vean ellos mismos afectados, o cuyos derechos se vean modificados por el plan;

c) todo comité de acreedores formado durante las negociaciones voluntarias de reestructuración debería equipararse a un comité de acreedores nombrado conforme al régimen; y

d) el tribunal debería celebrar en el plazo más breve una audiencia sobre la confirmación del plan.

Notificación de la apertura

150) La ley debe prever la obligación de notificar individualmente la apertura del procedimiento agilizado a todos los acreedores y accionistas de la empresa. En la notificación debería especificarse:

a) el importe del crédito de cada acreedor afectado, según el deudor;

b) el plazo para presentar un crédito de distinto importe cuando el acreedor afectado considere incorrecta la suma declarada por el deudor y el lugar en que podrá presentarse el crédito;

c) el plazo y el procedimiento para impugnar créditos presentados por otras partes;

d) el lugar y la fecha en que se celebrará la audiencia sobre la confirmación del plan y el lugar y el plazo para presentar objeciones sobre la confirmación; y

e) las repercusiones del plan para los accionistas.

---

[98] Las disposiciones del régimen que no serían aplicables en general serían las relativas: a la presentación completa de los créditos; a la notificación y a los plazos para la aprobación del plan; a los mecanismos posteriores a la apertura para presentar el plan y la declaración de revelación de datos a los acreedores y a otras partes interesadas y para la solicitud de votaciones sobre el plan y su celebración; al nombramiento de un representante de la insolvencia (en general no se nombra ninguno, a menos que lo exija el plan; y a las disposiciones sobre la modificación del plan después de su confirmación. Una excepción respecto de las disposiciones del régimen aplicable a los procedimientos ordinarios de reorganización sería la de que se pagaría a los acreedores no afectados por el plan en el curso ordinario de los negocios durante la ejecución del plan.

Confirmación del plan

151) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal confirmará el plan:

a) si el plan satisface los requisitos de fondo para la confirmación de un plan en un procedimiento ordinario de reorganización, cuando esos requisitos sean aplicables a los acreedores y accionistas;

b) si la notificación dada y la información facilitada a los acreedores y accionistas afectados durante las negociaciones voluntarias de reestructuración son suficientes para que puedan adoptar una decisión sobre el plan con conocimiento de causa [y si toda solicitud de aceptación del plan antes de la apertura cumple con lo dispuesto en el régimen aplicable];

c) si se paga a los acreedores no afectados en el curso ordinario de los negocios y si el plan no modifica ni menoscaba los derechos ni los créditos de los acreedores con prelación, como los organismos tributarios o de seguridad social, ni los de los empleados, sin el consentimiento de dichas partes;

d) si el análisis financiero presentado con la solicitud demuestra que el plan cumple todos los requisitos necesarios para la reorganización.

Efectos de un plan confirmado

152) El régimen de la insolvencia debería especificar que un plan confirmado sólo deberá tener efectos sobre el deudor y sobre los acreedores y accionistas que se vean afectados por el plan.

Fracaso de la ejecución de un plan confirmado

153) El régimen de la insolvencia debería especificar que, en caso de incumplimiento sustancial de las condiciones de un plan confirmado con arreglo a la recomendación 150), el procedimiento podrá [clausurarse y los acreedores podrán ejercer sus derechos legales] [convertirse en procedimiento de liquidación].

V. Administración del procedimiento

A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores

1. Introducción

566. En los procedimientos de insolvencia, los créditos presentados por los acreedores son doblemente importantes: en primer lugar, para determinar qué acreedores podrán votar en un procedimiento y cómo podrán hacerlo (según la categoría en que entren sus créditos y según el valor que tengan, cuando ese factor sea pertinente) y, en segundo lugar, a efectos de la distribución (véase el capítulo V.B). Por lo tanto, el trámite de presentación de los créditos y de su admisión o rechazo es una parte esencial del procedimiento de insolvencia y habría que determinar qué acreedores deberán presentar sus créditos, el procedimiento que regulará su presentación, la verificación y la admisión o el rechazo del crédito, las consecuencias de que no se presente un crédito, y la revisión de las decisiones de admitir o rechazar créditos. El régimen de la insolvencia también tendrá que

ocuparse de los efectos de esa presentación y admisión, ya que esta será la clave de la participación de los acreedores. Por ejemplo, la presentación de un crédito puede dar a su titular el derecho a asistir a la primera reunión de acreedores, mientras que la admisión, o al menos la admisión provisional, puede ser esencial para permitirle votar sobre diversas cuestiones del procedimiento.

2. Presentación de los créditos de los acreedores

a) Acreedores que pueden tener que presentar sus créditos

567. La cuestión más importante a la hora de decidir qué acreedores deberán presentar sus créditos es el régimen de los créditos garantizados, ya que en el caso de los créditos sin garantía (independientemente de que la deuda sea contingente o fija) generalmente su titular debe presentarlos (salvo, desde luego, que en las disposiciones pertinentes se haya previsto otro mecanismo de verificación y admisión de créditos en virtud del cual no todos los acreedores deban presentar sus créditos, esta cuestión se examina más adelante).

568. En los regímenes de la insolvencia que no incluyen en la masa los bienes gravados y que permiten al titular de un crédito garantizado ejecutar libremente su garantía con cargo al bien gravado, los titulares de ese tipo de créditos pueden quedar exentos de la obligación de presentarlos si el valor de los bienes gravados les permite cobrar la totalidad de sus créditos al vender los bienes. Si el valor del bien gravado es inferior al monto del crédito garantizado, el acreedor puede tener que reclamar a la masa el importe del crédito no cubierto por la garantía, como si fuera un acreedor ordinario sin garantía. Ese importe depende pues del valor del bien gravado y del momento en que se determine ese valor, así como del método empleado para la valoración. A menos que la valoración se rija por normas claras, existe la posibilidad de incertidumbre, especialmente a la hora de determinar el derecho de voto, cuando está en función del valor del crédito[99].

569. Según otro criterio, el titular de un crédito garantizado debe reclamar el importe total de su garantía real (independientemente de que la garantía no cubra íntegramente el importe del crédito), requisito que en algunos ordenamientos jurídicos se aplica únicamente a los tenedores de determinados tipos de garantías reales, como, por ejemplo, los gravámenes flotantes, las compraventas con garantía o las prendas sobre un bien. En algunos de los ordenamientos que exigen a todos los acreedores presentar sus créditos garantizados se prevén graves consecuencias si no lo hacen (esta cuestión se examina más adelante). En algunos regímenes de la insolvencia también se permite a los acreedores garantizados entregar su garantía real al representante de la insolvencia y reclamar a la masa el importe total de la garantía real.

570. Cuando deben presentarse los créditos garantizados, las normas aplicables a la presentación y verificación suelen ser idénticas a las que se aplican a los créditos ordinarios no garantizados. La lógica de exigir a los acreedores que presenten sus créditos garantizados radica en que de ese modo el representante de la insolvencia dispondrá de información sobre todos los créditos existentes, sobre la magnitud de la deuda garantizada y sobre los bienes que podrían estar gravados con una garantía real, así como sobre el monto total de la deuda exigible. Sea cual sea el criterio que

[99] Véase el tema de la valoración de los bienes gravados en el capítulo II.B.8.

se elija, es conveniente que el régimen de la insolvencia prevea normas claras sobre el régimen aplicable a los acreedores garantizados a efectos de presentación de sus créditos. Es importante también, en particular cuando un régimen de la insolvencia prevea que el procedimiento de presentación de créditos puede afectar a las garantías reales de un acreedor garantizado, que la notificación de apertura del procedimiento contenga información sobre el requisito de presentar los créditos garantizados o sobre las consecuencias de que no se presenten.

b) Limitaciones que afectan a la presentación de los créditos

571. Los regímenes de la insolvencia solían limitar los tipos de créditos que podían presentarse y excluían, por ejemplo, los créditos por importes indeterminados en concepto de daños extracontractuales. No obstante, en los regímenes más recientes se ha tendido a ampliar la definición de los tipos de créditos que pueden presentarse, incluyendo en ella los créditos por importes indeterminados tanto contractuales como extracontractuales, así como los créditos contingentes. Si tales créditos no entran en el procedimiento de insolvencia, sus titulares no podrán participar en él y no dispondrán de recursos jurídicos para cobrar sus créditos al deudor. Por ello es conveniente que en un régimen de la insolvencia se definan con amplitud los tipos de créditos que podrán presentarse. Con todo, cabe observar que, al ampliar la definición, puede complicarse el procedimiento de insolvencia, en particular a la hora de valorar los créditos a efectos de su presentación y de su admisión, incluso provisional.

i) Deudas contraídas tras la apertura del procedimiento

572. Como principio general, sólo pueden presentarse reclamaciones por deudas que se hayan contraído antes de la apertura del procedimiento. La forma en que se traten las deudas posteriores a la apertura del procedimiento dependerá de la naturaleza de este último y de las disposiciones del régimen de la insolvencia; muchos regímenes prevén que deben pagarse en su totalidad como gastos del procedimiento (véase el capítulo V.B).

ii) Tipos de créditos que se excluyen

573. Debido a una serie de consideraciones de orden público, el régimen de la insolvencia puede tratar de excluir de los procedimientos determinados tipos de créditos como, por ejemplo, los créditos fiscales extranjeros, las multas y sanciones, las indemnizaciones por lesiones corporales o por negligencia y las deudas de juego. Algunos regímenes establecen que esos créditos podrán presentarse, pero podrán recibir un trato diferente, quedando, por ejemplo, subordinados a otros créditos no garantizados. Es muy conveniente que en un régimen de la insolvencia se especifiquen los créditos que quedarán excluidos del procedimiento de insolvencia (o que recibirán un trato diferente; véase el capítulo V.B).

- Créditos fiscales extranjeros

574. Los créditos fiscales extranjeros se excluyen actualmente en muchos países, y se reconoce por lo general que esta exclusión no viola el objetivo de igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros. Pese a esta opinión general, no existen razones imperiosas que impidan admitir esos créditos si un país así lo desea. Cuando se admitan los créditos fiscales extranjeros, podrán tratarse de la misma

manera que los créditos fiscales nacionales o los créditos ordinarios no garantizados. En el párrafo 2 del artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se reconocen estos distintos criterios y se dispone que el requisito de igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros no se verá afectado por la exclusión de créditos extranjeros por concepto de impuestos o de seguridad social o por el hecho de que tengan la misma prelación que los créditos ordinarios no preferentes, o menor prelación cuando los créditos equivalentes en el país tengan ese grado inferior de prelación.

- *Créditos derivados de una actividad ilegal*

575. La exclusión de los créditos por concepto de deudas de juego se justifica en general por el hecho de que se derivan de una actividad de por sí ilegal. En lugar de detallar los tipos concretos de créditos que pueden excluirse como ilegales, el régimen de la insolvencia puede excluir, como categoría general, los créditos que se deriven de una actividad ilegal y que sean inejecutables.

- *Multas y sanciones*

576. Con respecto a las multas y sanciones, el régimen de la insolvencia puede distinguir entre las que son de índole estrictamente administrativa o punitiva (como las multas impuestas a raíz de la violación de una norma administrativa o penal) y las que son de índole compensatoria. Puede aducirse que la primera categoría debería excluirse sobre la base de que esas multas y sanciones se derivan de un delito o infracción del deudor y de que los acreedores no garantizados no tienen por qué soportar la carga de ese delito o infracción y ver reducidos los bienes disponibles para la distribución. En cambio, no parece haber ninguna razón imperiosa para excluir la segunda categoría, particularmente cuando se trate de compensaciones de daños sufridos por otra parte, salvo si la exclusión también pudiera justificarse como medio de aumentar los bienes disponibles para los acreedores no garantizados. Otro posible criterio consistiría en admitir los créditos basados en multas y sanciones dado que, de otro modo, no se cobrarían nunca.

c) Procedimiento para la presentación de los créditos

i) Plazo para la presentación de los créditos

577. A fin de garantizar que los créditos se presenten oportunamente y que el procedimiento no se alargue innecesariamente, puede resultar útil fijar plazos para la presentación de créditos. En algunos regímenes de la insolvencia se especifica que los créditos deberán presentarse en un plazo determinado, a partir de la apertura del procedimiento o de algún otro momento del mismo. En otros se dispone que el tribunal o el representante de la insolvencia fijen el plazo, cuya duración debe establecerse en el propio régimen de la insolvencia; esos plazos oscilan entre diez días y tres meses a partir de un determinado hecho, como la apertura del procedimiento. Otras veces, en el régimen no se establece ningún plazo, dejándose la determinación del plazo para la presentación de los créditos al arbitrio del representante de la insolvencia, o se prevé que podrán presentarse hasta un determinado momento del procedimiento, como el de la presentación del informe final y la rendición de cuentas del representante de la insolvencia. Otros regímenes prevén distintos plazos según el método seguido para la notificación de la apertura; cuando el acreedor sea conocido y haya recibido una notificación personal de la

apertura del procedimiento, el plazo puede ser más breve que cuando el acreedor sólo pueda tener conocimiento de ella a través de una notificación pública. Un factor crucial para fijar un plazo de presentación será el procedimiento de verificación y admisión de créditos. Si se dispone que ese procedimiento se lleve a cabo en una audiencia judicial o en una reunión de acreedores convocada con ese fin, es probable que el plazo de presentación de los créditos sea menos flexible y que cuando los créditos no se hayan presentado en la fecha fijada, antes de la celebración de la audiencia o reunión, haya que convocar una audiencia o una reunión especial. Cuando el representante de la insolvencia se encargue del proceso de verificación y admisión, habrá mayor flexibilidad, ya que no será necesario cumplir los requisitos de procedimiento requeridos para convocar una audiencia judicial o una reunión de acreedores.

578. Si bien los plazos pueden evitar que la tramitación de los créditos provoque un retraso indebido en el procedimiento, pueden perjudicar a los acreedores extranjeros, que en muchos casos tal vez no podrían cumplir los mismos plazos que los acreedores nacionales. Para garantizar la igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros, y teniendo en cuenta la tendencia internacional a eliminar la discriminación basada en la nacionalidad del acreedor, tal vez sería posible adoptar un criterio que permitiera presentar los créditos en cualquier momento anterior a la distribución a otro hecho especificado o que fijara un plazo que pudiera prorrogarse o del que pudiera eximirse al acreedor cuando éste tuviera una buena razón para no cumplir el plazo o cuando ese plazo constituyera un impedimento grave para el acreedor.

579. Cuando se establezca un plazo (ya sea en el régimen de la insolvencia, o por determinación del tribunal o del representante de la insolvencia) y el crédito se haya presentado tardíamente y ello ocasione gastos, esos gastos podrían correr por cuenta del acreedor. Cuando los créditos puedan presentarse en una etapa avanzada del procedimiento, habrá que determinar la cuestión de si puede hacerse una distribución provisional antes de que se hayan presentado todos los créditos y, de ser así, si los acreedores que presenten sus créditos después de que se haya hecho la distribución podrán participar, pese a ello, en la distribución. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que tales acreedores sólo podrán participar en los procesos de distribución una vez presentados sus créditos, en tanto que otros exigen que el representante de la insolvencia haga una provisión de fondos para los acreedores que no hayan presentado sus créditos en el momento de la distribución.

ii) Carga de presentación y demostración de los créditos

580. Muchas leyes imponen a los acreedores la obligación de presentar y probar sus créditos. Generalmente deberán presentar pruebas, en algunos casos mediante un formulario ordinario de demanda acompañado de documentos justificantes, sobre la cuantía del crédito, la justificación de la deuda y todo privilegio o garantía invocados. Muchos regímenes establecen que el representante de la insolvencia podrá pedir al acreedor que aporte más información o documentación que corrobore su crédito; algunos regímenes prevén también la posibilidad de rechazar los créditos que no se hayan probado debidamente. En algunos ordenamientos, la admisión de los créditos podrá verse facilitada si se establece que éstos deben presentarse en forma de declaración, como una declaración jurada (*affidavit*), que prevea sanciones

en caso de fraude; los trámites que suponen tales declaraciones en algunos ordenamientos ha hecho que se desista de esa práctica.

581. Varios regímenes de la insolvencia permiten la admisión de créditos sin imponer a los acreedores la obligación de presentarlos y probarlos, como sucede, por ejemplo, cuando el representante de la insolvencia puede verificar, con los libros y comprobantes del deudor, cuáles son los acreedores con derecho a cobrar su crédito y el importe de la deuda. Si bien es posible que en muchos casos de insolvencia los libros y registros contables del deudor no contengan información totalmente fidedigna, este método de admisión de créditos permite simplificar los trámites que entraña el proceso de admisión y verificación y puede resultar adecuado cuando no haya créditos impugnados (esta cuestión se examina más adelante). Este método puede verse facilitado si se dispone que, como paso inicial del procedimiento, se prepare una lista de acreedores y de las sumas reclamadas. La preparación de tal lista por parte del deudor tiene la ventaja de que se aprovechan los conocimientos que éste tiene de sus acreedores y de sus respectivos créditos y de que el representante de la insolvencia puede conocer el estado de los negocios desde la etapa inicial. Otras opciones consistirían en disponer que el representante de la insolvencia ayudara al deudor a hacer la lista o que la preparara él mismo. Si bien esas últimas opciones permitirían simplificar los requisitos formales del proceso de verificación de los créditos, podrían ocasionar mayores costos y demoras, ya que presuponen la capacidad del representante de la insolvencia para obtener información precisa y pertinente del deudor. Una vez elaborada la lista, podría utilizarse para determinar los créditos que podrán admitirse sin necesidad de pruebas formales y los acreedores a los que habrá que invitar a presentar sus créditos al representante de la insolvencia a efectos de verificación y para asegurarse de que todos los acreedores pertinentes han presentado sus créditos. Asimismo, la lista podría revisarse y actualizarse periódicamente para conocer con exactitud no sólo el grado de endeudamiento del deudor, sino también la evolución del proceso de admisión y verificación de los créditos.

582. Puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia regule la cuestión de los créditos falsos y prevea la imposición de las oportunas sanciones a los acreedores y otras partes que presenten reclamaciones de cobro de créditos que resulten falsos.

iii) Requisitos de forma para la presentación de créditos extranjeros

583. Una cuestión de particular importancia para los acreedores extranjeros es si el crédito debe presentarse en el idioma del país en que se ha abierto el procedimiento de insolvencia, y si la reclamación debe cumplir determinados requisitos de forma, como los de protocolización de los documentos. Para facilitar el acceso de los acreedores extranjeros, conviene determinar si esos requisitos son esenciales o si puede dárseles un carácter menos riguroso, como en el caso de otros requisitos procesales examinados en relación con el artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el capítulo VII).

iv) Conversión de créditos en moneda extranjera

584. Cuando el deudor lleva a cabo actividades comerciales en distintos países, es posible que contraiga deudas en monedas diferentes de la del país en que se

sustancia el procedimiento de insolvencia. Para fines de verificación y distribución, los créditos en moneda extranjera suelen convertirse en moneda nacional, aunque pueden darse circunstancias en que no se requiere tal conversión. La fecha de conversión puede haberse acordado en el contrato celebrado entre el deudor y el acreedor o podrá fijarse en el régimen de la insolvencia especificando que deberá efectuarse en un determinado momento, como el de la apertura o en otro momento posterior del procedimiento. Si transcurre cierto tiempo entre la fecha de conversión y la de distribución (la cual podría efectuarse en una fecha bastante posterior), existe la posibilidad de que durante ese período la moneda se desvalorice o se revalorice y que, lógicamente, fluctúe también el importe del crédito. Si se trata de una moneda relativamente estable, la fluctuación tal vez no sea considerable. Sin embargo, en épocas de gran inestabilidad monetaria, la fluctuación podría redundar en perjuicio de un determinado acreedor, favoreciendo a otros acreedores, o en beneficio de ese acreedor y en detrimento de los demás. En tales circunstancias, el régimen de la insolvencia podría disponer que se realizara una conversión provisional en la fecha de apertura del procedimiento a efectos de la votación y, si la fluctuación del tipo de cambio fuera superior a un determinado porcentaje (que podría enunciarse en el régimen de la insolvencia) durante el período anterior a la distribución, cabría entonces realizar la conversión en el momento de la distribución o ajustar el cálculo anterior.

v) Parte autorizada a recibir los créditos

585. Los regímenes de la insolvencia suelen aplicar dos criterios diferentes para determinar la parte autorizada a recibir los créditos. Algunos exigen la presentación de los créditos al tribunal, mientras que otros prevén que se presenten al representante de la insolvencia; la aplicación de uno u otro criterio depende generalmente del proceso de verificación y de las funciones respectivas que ejerzan en él el tribunal y el representante de la insolvencia. Cuando es este último quien se encarga de la verificación y admisión de los créditos, los acreedores suelen tener derecho a recurrir al tribunal para impugnar el valor o la prelación que el representante de la insolvencia haya asignado al crédito admitido o su decisión de rechazar el crédito (véase más adelante).

d) Créditos no presentados

i) Créditos no presentados en el plazo establecido

586. Los regímenes de la insolvencia regulan de diversos modos la cuestión de los créditos que no se hayan presentado en un determinado plazo. Algunos adoptan un criterio flexible, estableciendo que, en tal caso, los acreedores aún dispondrán de un plazo para presentar sus créditos, por ejemplo, antes del informe definitivo del representante de la insolvencia y de la rendición de cuentas en la liquidación, pero deberán sufragar todo gasto adicional derivado de la demora. Una posible consecuencia de la presentación tardía de un crédito es que el acreedor no pueda participar en la distribución provisional realizada antes de la presentación (o admisión) de su crédito, si bien, como ya se ha señalado, en algunos regímenes se permite que el acreedor reciba los dividendos provisionales anteriores una vez admitido su crédito. Otra consecuencia es la pérdida del derecho de voto en las reuniones de acreedores, cuando la presentación de un crédito sea una condición *sine qua non* para ejercer ese derecho.

587. Otra forma de regular la presentación de los créditos consiste en imponer plazos estrictos, y algunos regímenes prevén que si no se presenta un crédito, puede extinguirse la deuda o perderse el derecho real de garantía, siempre y cuando se haya notificado debidamente al acreedor la apertura del procedimiento y la necesidad de presentar su crédito. Otros regímenes exigen que el acreedor que no haya presentado su crédito en el plazo establecido pida al tribunal su admisión. Una vez admitido el crédito, tal vez su titular sólo podrá percibir los dividendos que se devenguen posteriormente.

588. Si bien deben ofrecerse a los acreedores las más amplias posibilidades de presentar sus créditos en un procedimiento de insolvencia y, por tanto, debe notificárseles adecuada y oportunamente la apertura del procedimiento y la necesidad de presentar sus créditos, el procedimiento no debe demorarse a causa de acreedores que, aun conociendo la necesidad de presentar sus créditos y los plazos correspondientes, no los presentan con puntualidad, ya que de esa forma podría encarecerse el procedimiento y perjudicarse a otros acreedores. Por consiguiente, deben enunciarse claramente las consecuencias que tendría para los acreedores el hecho de no presentar sus créditos y debe informarse a los acreedores de tales consecuencias cuando se les notifique el plazo de presentación establecido.

ii) Créditos no presentados antes de finalizar el procedimiento

589. El hecho de no haber presentado un crédito antes del informe y de la rendición de cuentas finales puede tener distintos resultados según lo que dispongan los regímenes de la insolvencia. Conforme a algunos de los regímenes que prevén que el deudor quedará liberado de su obligación al concluir el procedimiento, se establece también que se perderán los créditos no presentados en el procedimiento de insolvencia.

3. Verificación y admisión de créditos

a) Lista de créditos presentados

590. Muchos regímenes de la insolvencia establecen que el tribunal o el representante de la insolvencia, según a quién corresponda, preparen una lista de los créditos presentados, ya sea después de la expiración del plazo establecido al respecto o sobre la marcha cuando no se haya previsto un plazo o el plazo expire en una etapa posterior del procedimiento. Cuando el régimen de la insolvencia requiera la preparación de una lista de acreedores, conforme a lo tratado anteriormente (véase también el capítulo III.A), la lista de créditos presentados actualizará esa lista anterior de acreedores y podrá utilizarse como base para la verificación y admisión de los créditos y para notificar la recepción, la admisión o el rechazo de los créditos, según cuál sea el procedimiento de admisión aplicable. Muchos regímenes de la insolvencia disponen que todos los acreedores conocidos e identificables tienen derecho a que se les notifiquen los créditos presentados, requisito que podrá cumplirse efectuando la notificación personalmente, insertando un aviso en una publicación comercial apropiada, o presentando una lista al tribunal. De ese modo los acreedores, el deudor y las partes interesadas podrán saber qué créditos se han presentado y formular objeciones sobre los créditos enumerados (siempre que el régimen de la insolvencia lo permita).

b) Procedimientos de verificación y admisión

591. En la verificación no sólo se determina la legitimidad y la cuantía de un crédito, sino también se clasifican los créditos a efectos de votación y distribución (por ejemplo, dividiéndolos en créditos garantizados o no garantizados, o con o sin prelación).

i) Plazo de verificación y admisión

592. Varios regímenes de la insolvencia imponen plazos para la verificación y la admisión de los créditos, exigiendo que la decisión se comunique a los acreedores en un breve plazo, por ejemplo, de 30 días después de expirar el plazo de presentación. Otros regímenes no prevén plazos. Un factor determinante de si en este caso un régimen de la insolvencia debe imponer plazos es si el procedimiento de verificación y admisión requiere la celebración de una audiencia judicial o de una junta de acreedores o si está exclusivamente en manos del representante de la insolvencia. En el primer caso, la admisión suele realizarse en la audiencia o en la junta de acreedores, a reserva de que se resuelvan las controversias dimanantes de la impugnación de créditos. Por razones de transparencia y seguridad jurídica y para velar por una sustanciación eficaz del procedimiento sin demoras indebidas, es conveniente que la decisión de admitir o no un crédito se adopte sin pérdida de tiempo, en particular cuando la admisión sea una condición para que los acreedores puedan participar en el procedimiento y ejercer el derecho de voto. Ahora bien, como sucede en general al analizarse la necesidad de prever un plazo, deben sopesarse las ventajas de imponer un plazo teniendo en cuenta, por una parte, las posibles desventajas de la inflexibilidad y, por otra, la necesidad de que las partes cumplan el plazo.

ii) Procedimiento de admisión

593. Los regímenes de la insolvencia prevén diversos procedimientos de admisión que suponen distintos grados de complejidad y de intervención del tribunal, del representante de la insolvencia y de los acreedores, llegándose a requerir, en ciertos casos, la participación de todos ellos en distintos momentos de su tramitación. Cuando a esos factores se suman el derecho de apelación y las dificultades propias del procesamiento de los tipos de créditos que requieren valoración, es posible que la complejidad del proceso interrumpa en gran medida la sustanciación del procedimiento de insolvencia y ocasione demoras que repercutan en otras etapas del procedimiento. Por ello, es muy conveniente que los requisitos de forma se reduzcan al mínimo y que el proceso decisorio se simplifique al máximo.

- Admisión a cargo del representante de la insolvencia

594. Como ya se ha señalado, los regímenes de la insolvencia suelen disponer que los créditos se presenten al representante de la insolvencia o al tribunal. Muchos regímenes de la insolvencia establecen que, cuando se deben presentar al representante de la insolvencia, corresponde a éste verificarlos y decidir si deben ser admitidos y si deben admitirse total o parcialmente. Se notificará al acreedor la decisión del representante y, cuando éste rechace o sólo admita parcialmente un crédito, el representante de la insolvencia deberá, por lo general, justificar su decisión (con frecuencia, por escrito). El requisito de justificación por escrito conferirá mayor transparencia al procedimiento y podría llegar a hacerlo más

previsible para los acreedores. Como ya se ha indicado, algunos regímenes de la insolvencia establecen que las decisiones del representante sobre la admisión de créditos deberán actualizarse periódicamente en la lista de créditos en poder del tribunal o divulgada de alguna otra forma, a fin de facilitar su consulta por parte de los demás acreedores y del deudor. Varios regímenes de la insolvencia disponen que el crédito se considerará admitido cuando, después de la debida notificación, el representante de la insolvencia no haya recibido ninguna objeción a que se admita dicho crédito.

595. Según otros regímenes de la insolvencia, el representante debe convocar una junta de acreedores para examinar los créditos presentados sobre la base de la lista preparada por el representante y proporcionada a los acreedores. Puede disponerse que la lista incluya recomendaciones sobre la admisión, el valor y la prelación de cada crédito. Cuando en la reunión no se pongan reparos a la admisión de los créditos, los regímenes que siguen este criterio suelen disponer que las recomendaciones del representante se considerarán aprobadas o que los créditos se tendrán por admitidos.

- Admisión a cargo del tribunal

596. Cuando los créditos deban presentarse al tribunal, éste suele convocar la junta de acreedores o la audiencia judicial en que se examinarán los créditos y se decidirá si se admiten. Varios regímenes requieren que los créditos se presenten un cierto número de días antes de la fecha fijada para la reunión y que el tribunal, o el representante de la insolvencia, prepare una lista provisional de créditos admisibles que se hará llegar a todos los acreedores antes de que se celebre la audiencia o la junta. Cuando en la reunión no haya habido objeciones a que se admitan los créditos enumerados en la lista, el régimen suele dar esos créditos por admitidos.

- Requisito de comparecencia de los acreedores

597. Una cuestión que puede tener interés para los acreedores, en particular para los acreedores extranjeros, es el requisito previsto en algunos regímenes de que, para que puedan admitirse sus créditos, los acreedores asistan personalmente a las juntas convocadas para examinar los créditos. Este requisito podría impedir que se cumpliera el objetivo de igualdad de trato para los acreedores que estén en situaciones similares y podría ocasionar demoras. Por lo tanto, es conveniente que el régimen de la insolvencia, en vez de exigir en todos los casos la comparecencia de los acreedores como condición para la admisión de sus créditos, disponga que éstos podrán admitirse sobre la base de pruebas documentales.

iii) Admisión automática de créditos

598. A fin de reducir los requisitos de forma exigidos para la verificación y admisión de los créditos, una opción distinta a las mencionadas puede consistir en establecer que los créditos pendientes en el momento de la apertura del procedimiento no requerirán verificación y se admitirán automáticamente a menos que sean impugnados. Este enfoque exigiría algún mecanismo para determinar la existencia, el valor y la prelación de los créditos. Aunque por razones de fiabilidad e integridad de la información tal vez no baste en todos los casos, puede ser conveniente verificar todos los créditos pendientes recurriendo en primer lugar a los

libros y registros contables del deudor y a la lista de acreedores que ha de prepararse durante el procedimiento. Cuando esos créditos no se impugnen, podrán considerarse admitidos sin que los acreedores tengan que presentar formalmente y probar sus créditos. Si se adopta un criterio de admisión automática como el descrito, podrán obviarse muchas de las dificultades que se plantean cuando debe evaluarse con exactitud la situación al comienzo del procedimiento a fin de que los acreedores puedan participar y votar en las reuniones celebradas en la fase inicial del procedimiento.

iv) Admisión provisional de créditos

599. Los créditos presentados pueden ser de dos tipos: de valor determinado y de valor indeterminado, es decir, créditos en que no se ha fijado la cuantía reclamada al deudor cuando han tenido que presentarse o cuya cuantía no puede fijarse por el momento (por ejemplo, por ser objeto de una acción judicial aún no resuelta al abrirse el procedimiento de insolvencia y que puede quedar sujeta a la paralización). Esos créditos pueden ser contractuales o extracontractuales, y pueden derivarse de créditos garantizados o no garantizados. Los créditos también pueden ser condicionales, contingentes o no exigibles en el momento de la apertura (en este último caso, generalmente el crédito será objeto de una deducción por el plazo que falte para el vencimiento).

600. Cuando no puede determinarse o no se haya determinado el importe reclamado en el momento en que deba presentarse el crédito, muchos regímenes prevén que el crédito se admita provisionalmente, siempre que se le dé un valor hipotético. La valoración de tales créditos plantea una serie de cuestiones, como la del momento en que deberá efectuarse la valoración, si debe establecerse un valor definitivo (en cuyo caso se ocupará de ello un tribunal) o estimado (de lo que podrá encargarse el representante de la insolvencia, el tribunal o alguna otra persona que se designe). Cuando corresponda a un tribunal zanjar la cuestión, habrá que determinar el tribunal competente (el tribunal de la insolvencia o algún otro tribunal) y la forma en que la demora del proceso de valoración puede repercutir en la sustanciación del procedimiento de insolvencia. La valoración de créditos de cuantía indeterminada puede incidir considerablemente en el curso del procedimiento de insolvencia cuando, por ejemplo, se presenten reclamaciones colectivas por daños extracontractuales. En cuanto al momento de la valoración, muchos regímenes de la insolvencia disponen que se vincule a la apertura del procedimiento; en tal caso, habrá que prever reglas especiales para cuando la reorganización pase a ser otro tipo de procedimiento.

601. Un motivo importante para permitir la admisión provisional de créditos es que con ello se posibilite la participación de los titulares de esos créditos en el procedimiento y, en particular, en la votación sobre cuestiones fundamentales, como la aprobación del plan de reorganización o alguna otra cuestión clave que requiera una decisión de los acreedores.

602. Cuando un régimen de la insolvencia prevea la admisión provisional de créditos, podría ser necesario determinar si tales créditos estarán sujetos desde el principio al mismo procedimiento que los demás créditos. Por ejemplo, cuando para la admisión se requiera la celebración de una audiencia judicial o la convocatoria de una junta de acreedores, los créditos que pudieran admitirse provisionalmente podrían estar sujetos a este procedimiento o podrían tener que ser previamente

admitidos por el representante de la insolvencia, sin perjuicio del derecho de una parte disconforme a impugnar el crédito, y estar sujetos a algún procedimiento de aprobación en una etapa posterior. Otras cuestiones que cabría regular son si, cuando los titulares de créditos admitidos provisionalmente voten sobre un plan de reorganización, podrán quedar vinculados, como acreedores minoritarios, por un plan al que no hayan dado su aprobación (véase el capítulo IV); si los titulares de créditos admitidos provisionalmente tendrán derecho a participar en las distribuciones que se efectúen antes de que sus créditos se hayan admitido por completo; y, cuando ulteriormente un crédito provisionalmente admitido sea rechazado o sólo parcialmente admitido, cómo repercutirá el hecho de no haber sido admitido en las decisiones en cuya adopción haya participado el acreedor. La admisión provisional de un crédito permitirá generalmente al acreedor participar en el procedimiento del mismo modo que otros acreedores, a no ser que no tenga derecho a participar en las distribuciones hasta que se haya fijado definitivamente el importe reclamado y se haya admitido definitivamente el crédito. Sin embargo, cuando el crédito no sea finalmente admitido en su totalidad, podrán descontarse los votos que el acreedor haya emitido en votaciones realizadas durante el procedimiento.

c) Créditos impugnados

603. Cuando un régimen de la insolvencia permita impugnar el valor, la prelación o el fundamento de un crédito presentado en el procedimiento, es conveniente que especifique también qué partes tendrán derecho a entablar esa impugnación. Algunos regímenes sólo permiten al representante de la insolvencia impugnar los créditos, mientras que en otros pueden hacerlo también otras partes interesadas, incluidos otros acreedores y el deudor. Según los diversos procedimientos de presentación y admisión de créditos, la impugnación podrá formularse ante el representante de la insolvencia o antes o en el transcurso de la audiencia judicial o de la junta de acreedores celebrada para examinar los créditos. Cuando se prevea ese tipo de reunión o audiencia, podrá facilitarse el examen de los créditos si el tribunal o el representante de la insolvencia preparan una lista provisional de los créditos admitidos y la hacen llegar a todos los acreedores antes de la celebración de la audiencia o de la reunión. Cuando los créditos sean impugnados, en el marco de un procedimiento de insolvencia, ya sea por un acreedor, por el representante de la insolvencia o por el deudor, será esencial que el régimen prevea un mecanismo de solución rápida de controversias para que el procedimiento pueda avanzar de forma eficiente y ordenada. Si las impugnaciones no pueden resolverse con rapidez y eficacia, existe el riesgo de que esta posibilidad de impugnación se utilice para entorpecer el procedimiento y provocar demoras innecesarias. La mayoría de los regímenes de la insolvencia prevén que el tribunal resuelva las impugnaciones y que su decisión sea definitiva.

604. Cuando los créditos que se presenten en el procedimiento de insolvencia sean objeto de una controversia al margen de ese procedimiento, corresponderán generalmente a una de las categorías de créditos provisionalmente admisibles en el procedimiento de insolvencia, según la naturaleza del crédito y hasta que se dirima esa controversia (y a reserva de la aplicación de la paralización de las actuaciones; véase el capítulo II.B.3 a) y 8).

d) Efectos de la admisión de un crédito

605. La admisión del crédito de un acreedor fundamentará el derecho de éste a asistir a reuniones de acreedores y fijará el importe por el cual el acreedor tendrá derecho a votar en ellas, ya sea para elegir el representante de la insolvencia, para aprobar un plan de reorganización o para decidir sobre toda otra cuestión que se especifique en el régimen de la insolvencia. También se fijará el importe y el grado de prelación del crédito, que el representante de la insolvencia deberá tener en cuenta al efectuar la distribución entre los acreedores.

e) Compensación de créditos

606. Como ya se señalado en el capítulo II.G, varios regímenes de la insolvencia establecen que las obligaciones monetarias recíprocas entre el deudor y los acreedores podrán compensarse en el procedimiento de insolvencia, siempre que se cumplan determinadas condiciones. Por ejemplo, cabe exigir que los créditos ya existieran y fueran exigibles y pagaderos en el momento de la apertura del procedimiento; que el acreedor haya adquirido su crédito sin fraude o desconociendo la situación económica de su deudor; que el acreedor no haya adquirido el título durante el período de sospecha; que el acreedor haya declarado al representante de la insolvencia su intención de solicitar una compensación; y que los créditos estén relacionados entre sí. Muy pocos regímenes de la insolvencia establecen la obligatoriedad de la compensación en la insolvencia, mientras que otros no permiten la compensación de créditos por considerar que infringe el principio de *pari passu*. Cuando se permite la compensación, el representante de la insolvencia o el tribunal la tendrán generalmente en cuenta al verificar y admitir los créditos.

f) Créditos que requieren un régimen especial

i) Créditos derivados de la administración de la insolvencia

607. En los procedimientos de insolvencia se requiere a menudo la colaboración de profesionales, como la del representante de la insolvencia y de asesores del deudor o del representante de la insolvencia. Las actividades de los comités de acreedores también pueden entrañar gastos para mantener en marcha la actividad comercial del deudor, que incluyen muchas o todas las deudas posteriores a la apertura del procedimiento, como los sueldos de los empleados, los gastos de arrendamiento y créditos similares, y también para llevar adelante el propio procedimiento de insolvencia.

608. No obstante la importancia de remunerar apropiadamente a quienes participen en la sustanciación del procedimiento de insolvencia, los gastos administrativos pueden afectar considerablemente al valor de la masa de la insolvencia. Si bien en cierta medida las consecuencias dependerán de la concepción del régimen de la insolvencia y de su infraestructura de apoyo, sería conveniente examinar la manera de minimizar tales consecuencias. El régimen de la insolvencia podría fijar, por ejemplo, criterios precisos, aunque flexibles, para la autorización de esos gastos. En particular, cabría autorizar tales gastos cuando se considere que pueden contribuir a acrecentar el valor de la masa en beneficio general de todos los interesados, o que no sólo son razonables y necesarios, sino también compatibles con los objetivos fundamentales del procedimiento. El carácter razonable del gasto puede

determinarse en función de los recursos disponibles en el procedimiento y de los posibles efectos del gasto en el procedimiento.

609. Para realizar esa evaluación pueden adoptarse diferentes enfoques. Una posibilidad consistiría en requerir la autorización judicial previa del gasto, o la autorización judicial de todo gasto que no se realice en el curso ordinario de los negocios. Otra posibilidad sería encomendar la evaluación a los acreedores para facilitar la transparencia del procedimiento, a reserva de poder recurrir al tribunal en caso de desacuerdo sobre la evaluación hecha por los acreedores.

ii) Créditos presentados por personas allegadas

610. Otra categoría de acreedores que puede requerir atención especial es la de las personas allegadas al deudor, tanto desde el punto de vista familiar como empresarial (cuestión ya tratada en el capítulo II.F.3 e)). Se suele justificar la aplicación de un régimen especial a los créditos de estas personas porque se considera más probable que se hayan visto más favorecidas que otros acreedores y que hayan tenido conocimiento anticipado de las dificultades financieras del deudor. Si bien no entran exactamente en las categorías de créditos que se excluyen, tal vez convenga examinar si deben admitirse y tratarse del mismo modo que los de otros acreedores o si requieren un régimen especial. Sin embargo, el mero hecho de que exista una relación especial con el deudor puede no ser suficiente para justificar en todos los casos la aplicación a un crédito de un régimen especial. En algunos casos, estos créditos serán totalmente transparentes y deberían tratarse de la misma forma que los créditos similares presentados por acreedores que no sean personas allegadas; en otros casos, pueden dar lugar a sospechas y entonces merecerán una atención especial. El régimen de la insolvencia puede tener que prever un mecanismo para determinar los tipos de conductas o de situaciones en que los créditos merecerán mayor atención, como por ejemplo, cuando el deudor esté demasiado infracapitalizado (es decir, cuando el agente del deudor haya adelantado fondos en forma de préstamo a la empresa infracapitalizada y que siga comerciando sin tener fondos suficientes para pagar a sus acreedores), o cuando se disponga de pruebas de que se ha actuado en provecho propio (es decir, que las personas allegadas se han aprovechado de su posición para obtener un beneficio, por ejemplo, cuando, seis meses antes de la liquidación, el agente haya aceptado un plan de indemnización que la empresa no pueda financiar y presente un crédito por tal suma durante el proceso de liquidación). En tales casos, puede restringirse la cuantía del crédito admisible, puede subordinarse el crédito a los créditos de otras categorías de acreedores (véase el capítulo V.B) o puede limitarse el derecho de voto del acreedor allegado a votar sobre ciertas cuestiones (como la selección del representante de la insolvencia, cuando el régimen confiera a los acreedores ese derecho).

iii) Créditos en concepto de intereses

611. Para regular la acumulación y el pago de intereses devengados por los créditos se siguen diversos criterios. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que los créditos relativos a todas las deudas no garantizadas dejarán de devengar intereses al iniciarse un procedimiento de liquidación, pero en una reorganización el pago de intereses dependerá de lo que se haya acordado en el plan. Otros regímenes prevén que los créditos podrán devengar intereses, pero dan al pago de esos intereses un

menor grado de prelación, disponiendo, por ejemplo, que sólo podrán abonarse una vez reembolsados todos los otros créditos no garantizados.

4. Créditos no admitidos

612. Muchos regímenes de la insolvencia disponen que cuando se rechace un crédito, el acreedor afectado dispondrá de un determinado plazo para solicitar la revisión de la decisión de no admitir su crédito, independientemente de que esa decisión haya sido dictada por el tribunal o adoptada por el representante de la insolvencia. Ese plazo suele oscilar entre 10 y 45 días (véase el capítulo II.D).

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas a los créditos de los acreedores tienen por objeto:

a) determinar los créditos que puedan y deban presentarse y el trato que se les dará;

b) permitir que las personas titulares de créditos frente a un deudor puedan presentar demandas y reclamar el cobro de los créditos con cargo a la masa de la insolvencia;

c) establecer un mecanismo para la verificación y admisión de los créditos;

d) prever la revisión de los créditos impugnados;

e) velar por la igualdad de trato de los acreedores que gocen de un grado similar de prelación.

Contenido de las disposiciones legales

Requisito de presentación de créditos

154) El régimen de la insolvencia debería exigir a los acreedores que presentaran sus créditos[100], detallando su fundamento y su cuantía. El régimen de la insolvencia debería también reducir al mínimo los requisitos de forma exigidos para la presentación de un crédito.

Créditos que pueden presentarse

155) El régimen de la insolvencia debería especificar que entre los créditos que podrán presentarse deberían figurar todos los derechos de cobro derivados de actos u omisiones del deudor[101] anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia, exigibles o no, de importe determinado o indeterminado, fijos o contingentes[102]. El

[100] El régimen de la insolvencia debería regular los créditos que puedan requerir un trato especial, por ejemplo, los de acreedores extranjeros, los créditos monetarios condicionales o no condicionales, las reclamaciones en concepto de intereses y las reclamaciones de obligaciones no vencidas.

[101] Entre ellos figurará todo crédito dimanante de actos u omisiones del deudor que reclamen terceros o un garante.

[102] Véanse las recomendaciones relativas a los créditos nacidos a raíz del rechazo de un contrato, que figuran en el capítulo II.E.

régimen de la insolvencia debería determinar los créditos que no se verán afectados por el procedimiento de la insolvencia[103].

Créditos garantizados

156) El régimen de la insolvencia debería especificar si los acreedores garantizados deberán presentar sus créditos[104].

Igualdad de trato de acreedores con un grado de prelación similar

157) El régimen de la insolvencia debería especificar que todos los acreedores que gocen de un grado similar de prelación, independientemente de que sean nacionales o extranjeros, deberán recibir idéntico trato en lo que respecta a la presentación y tramitación de sus créditos.

Momento de presentación de los créditos

158) El régimen de la insolvencia debería establecer el período, posterior a la apertura del procedimiento, durante el cual podrán presentarse los créditos; el plazo fijado deberá ser suficiente para que los acreedores puedan cumplirlo.

Consecuencias de que no se presente un crédito

159) El régimen de la insolvencia debería especificar las consecuencias que entrañará el hecho de no presentar un crédito en el plazo prescrito.

Créditos en moneda extranjera

160) Cuando el importe de los créditos esté fijado en moneda extranjera, el régimen de la insolvencia debería especificar las circunstancias en que esas sumas habrán de convertirse en moneda nacional y los motivos para hacerlo. Cuando la conversión en moneda nacional sea obligatoria, el régimen de la insolvencia debería especificar el momento en que deberá efectuarse la conversión, por ejemplo en la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia [a reserva de la aplicación de medidas especiales en situaciones de gran inestabilidad monetaria].

Prueba de los créditos

161) La ley podrá permitir la admisión de los créditos no impugnados, remitiéndose a la lista de acreedores y créditos que deba preparar el deudor en cooperación con el representante de la insolvencia[105], o el tribunal o el representante de la insolvencia

---

[103] Algunos regímenes de la insolvencia establecen, por ejemplo, que los créditos como las multas, y sanciones [del Estado] y los impuestos no se verán afectados por el procedimiento de insolvencia. Cuando un crédito no se vea afectado por el procedimiento de insolvencia, seguirá existiendo y no será incluido en ningún pago.

[104] Véanse el párrafo 3 del artículo 14 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre la Insolvencia Transfronteriza y el párrafo 111 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno. En este último se observa que en algunos ordenamientos se considera que todo acreedor garantizado que presente su crédito renuncia con ello a su garantía o a algunos de los privilegios del crédito, mientras que en otros ordenamientos el hecho de no presentar esos créditos surte el mismo efecto.

[105] Véanse las recomendaciones sobre los deberes y funciones del deudor y del representante de la insolvencia.

podrán pedir al acreedor que presente pruebas sobre su crédito. La ley no debería obligar en todos los casos al acreedor a presentar las pruebas en persona.

Admisión o rechazo de créditos

162) El régimen de la insolvencia debería autorizar al representante de la insolvencia a admitir o a rechazar total o parcialmente los créditos[106]. Cuando se rechace total o parcialmente un crédito, deberán notificarse al acreedor los motivos por los que se haya rechazado el crédito.

163) El régimen de la insolvencia debería permitir que los acreedores cuyos créditos hayan sido total o parcialmente rechazados soliciten al tribunal [en un determinado plazo, a contar a partir de la notificación del rechazo] que revise sus respectivos créditos.

Impugnación de un crédito

164) El régimen de la insolvencia debería permitir a toda parte interesada que impugne un crédito presentado, antes o después de su admisión, y que solicite al tribunal la revisión de dicho crédito.

Admisión provisional

165) El régimen de la insolvencia debería disponer que los créditos que hayan sido impugnados en el procedimiento de insolvencia puedan ser provisionalmente admitidos por el representante de la insolvencia, a la espera de que el tribunal se pronuncie sobre la impugnación.

[166) El régimen de la insolvencia debería permitir que los créditos de importe aún no determinado puedan admitirse provisionalmente, a la espera de que el representante de la insolvencia fije su valor.]

[167) El régimen de la insolvencia debería disponer que el representante de la insolvencia podrá determinar, mediante una valoración del bien gravado, la parte del crédito de un acreedor garantizado que está respaldada por la garantía y la que no lo está.]

Efectos de la admisión

168) El régimen de la insolvencia debería especificar los efectos de la admisión definitiva o provisional de un crédito. Concretamente, la admisión de un crédito podrá:

a) dar derecho al acreedor a participar en el procedimiento y a ser oído;

b) permitir al acreedor votar en una reunión de acreedores, incluso sobre la aprobación de un plan;

c) permitir la determinación del grado de prelación de que gozará el crédito del acreedor;

[106] En algunos ordenamientos, el tribunal puede tener que ratificar la decisión del representante de la insolvencia.

d) permitir que se fije la cantidad por la que el acreedor tendrá derecho a votar;

e) excepto en el caso de que un crédito sólo se haya admitido provisionalmente, permitir al acreedor participar en una distribución[107].

Créditos de partes allegadas

169) El régimen de la insolvencia debería especificar que los créditos presentados por partes allegadas deberán ser objeto de un minucioso examen y que, cuando haya motivos que lo justifiquen[108]:

a) podrán restringirse los derechos de voto de la parte allegada;

b) podrá limitarse la cuantía del crédito de la parte allegada; o

c) podrá reducirse el grado de prelación del crédito, subordinándolo a otros[109].

B. Prelación y distribución [del producto de la liquidación]

1. Prelación

a) Introducción

613. En un procedimiento de insolvencia existen muchos intereses diversos en pugna. En la mayoría de los casos, los acreedores lo son en virtud de haber entablado una relación jurídica y contractual con el deudor antes de la insolvencia. No obstante, existen acreedores que no han entablado esa relación con el deudor, como las autoridades fiscales (que intervendrán a menudo en los procedimientos de insolvencia) y los demandantes por daños extracontractuales (cuya participación será, por lo general, menos frecuente). Por consiguiente, los derechos de los acreedores se regirán por una serie de leyes distintas.

614. Si bien muchos acreedores tal vez estén en una situación similar respecto de los tipos de crédito de que son titulares en virtud de derechos jurídicos o contractuales similares, es posible que otros tengan créditos de mayor cuantía o con mayor prelación. Por esos motivos, a efectos de la distribución del producto de la masa de la insolvencia objeto de liquidación, los regímenes suelen clasificar a los acreedores en función de sus créditos, lo cual no resulta incompatible con el objetivo del trato equitativo. Cuando los distintos acreedores hayan concertado diferentes acuerdos comerciales con el deudor, la clasificación de los acreedores puede justificarse por la conveniencia de que en el régimen de la insolvencia se reconozcan y se respeten esos acuerdos, se salvaguarden las expectativas comerciales legítimas y se fomente la previsibilidad en las relaciones comerciales y la igualdad de trato de los acreedores que se encuentren en situaciones similares. El

[107] No obstante, cuando se proceda a una distribución, el representante de la insolvencia podrá tener que tomar en consideración los créditos que sólo se hayan admitido provisionalmente o los que se hayan presentado pero aún no hayan sido admitidos (véase el capítulo V.B).

[108] Entre los motivos que podrán justificar ese examen minucioso cabrá prever la capitalización insuficiente del deudor o la actuación en provecho propio (como ya se ha señalado; véase la sección 3 f) ii)).

[109] Véase el tema de la subordinación de créditos en el capítulo V.B.

establecimiento de un sistema de clasificación claro y previsible para la distribución puede contribuir a garantizar que los acreedores estén seguros de sus derechos al celebrar acuerdos comerciales con el deudor y, en el caso de un crédito garantizado, a facilitar su obtención.

615. Ahora bien, las posibilidades de lograr esos objetivos son limitadas, pues en todo régimen de la insolvencia es preciso compaginar esos diversos objetivos con otras consideraciones de orden público. El peso de esos intereses de orden público puede desplazar los intereses privados, desvirtuando así los incentivos comerciales normales. Además de basarse en esas clasificaciones, hechas en función de las relaciones comerciales y jurídicas entre el deudor y sus acreedores, los criterios de distribución reflejan también con frecuencia opciones que reconocen importantes intereses públicos (como la protección del empleo), la conveniencia de garantizar una tramitación ordenada y eficaz del procedimiento de insolvencia (dando prioridad a la remuneración de los profesionales de la insolvencia que participen en el procedimiento y al pago de los gastos derivados de la administración de la masa), y de fomentar el mantenimiento de la empresa y su reorganización (dando prioridad a los créditos concedidos tras de la apertura del procedimiento). Cuando se da prioridad a los intereses públicos y no se garantiza la igualdad de trato basada en la clasificación de los créditos, es conveniente especificar claramente en el régimen de la insolvencia las razones normativas en que se funda tal prioridad. Cuando no haya igualdad de trato, este enfoque dará por lo menos cierta transparencia y previsibilidad al procedimiento en lo relativo a los créditos (véase el capítulo V.A), a la distribución (véase el capítulo V.C) y al establecimiento de categorías de acreedores en un plan de reorganización (véase el capítulo IV.A).

616. Los regímenes de la insolvencia siguen una amplia gama de criterios para clasificar a los acreedores, tanto en función de los grados de prelación que se asignan a las distintas categorías de acreedores como en función de los distintos tratos que se dan a los acreedores de una misma categoría, por ejemplo, a aquellos que entran, a grandes rasgos, en la categoría de acreedores no garantizados, que a su vez pueden dividirse en distintas subcategorías.

b) Subordinación de los créditos

617. Cuando un particular o una organización ha contraído deudas con más de un acreedor, el orden en que habrán de pagarse esas deudas se determinará en función del orden de prelación previsto en el régimen aplicable o mediante un acuerdo entre las partes. Sin embargo, aun cuando se haya establecido un determinado orden de prelación, es posible prever la subordinación de los créditos y que un acreedor cuyo crédito tenga mayor grado de prelación reciba el pago después de otro cuyo crédito goce de menor prelación.

618. La subordinación consiste en redistribuir el orden de prelación de los acreedores y no afecta a la validez ni a la legalidad de un crédito. Aun cuando sea válido y ejecutable, en virtud de un acuerdo o de una decisión judicial, un crédito subordinado podrá perder el grado de prelación que le correspondería según el plan de distribución y ser reembolsado después de otro que, en principio, tenía un grado de prelación inferior. A continuación se examinan esos dos tipos de subordinación.

i) Subordinación acordada por contrato

619. La subordinación contractual consiste en que dos o más acreedores de un mismo deudor concierten un acuerdo (denominado en adelante "acuerdo de subordinación" o "acuerdo de distribución"), en virtud del cual un acreedor acepta recibir el pago de su crédito frente al deudor después de que se haya pagado a otro acreedor. Esos acuerdos pueden concertarse entre titulares de créditos garantizados o entre acreedores sin garantía. En un acuerdo entre acreedores garantizados se suele prever que un acreedor gozará de prelación sobre el titular de un crédito al que en otras circunstancias le correspondería un mayor grado de prelación. En un acuerdo entre acreedores ordinarios sin garantía se suele prever que un acreedor cobrará íntegramente su crédito antes de que el titular del crédito subordinado pueda recibir algún pago.

620. Los acuerdos de subordinación se conciertan en distintas circunstancias. Por ejemplo, los obligacionistas suelen aceptar subordinar sus créditos a los del prestamista del capital de explotación del deudor. Asimismo, cuando una empresa está en una situación financiera precaria, algunos acreedores pueden acceder a subordinar sus créditos a fin de contribuir a la reorganización de la empresa. Algunos acreedores aceptan subordinar sus derechos a los de un prestamista que aporte nuevos fondos a la empresa con la esperanza de que ello facilite su recuperación y, de que, con ella, aumenten las posibilidades de cobrar íntegramente sus créditos subordinados.

621. Las leyes que rigen la validez y la fuerza ejecutoria de un contrato se aplican asimismo a los acuerdos de subordinación, y pueden oponerse las mismas excepciones ordinarias de responsabilidad contractual, como la ausencia de contraprestación, el fraude y las cláusulas leoninas.

ii) Subordinación por decisión del tribunal (denominada subordinación equitativa)

622. Este tipo de subordinación es el que tiene lugar cuando un tribunal dispone de facultades para modificar el orden de pago de los créditos con objeto de impedir que, por ejemplo, un reclamante que haya cometido fraude o algún otro acto ilegal, o que haya actuado incorrectamente a fin de obtener ventaja sobre los demás acreedores, se beneficie de tal conducta. Este tipo de subordinación se estableció en su momento para impedir que personas allegadas al deudor recurrieran a mecanismos legales para conseguir ventajas de prelación.

623. Para que el tribunal pueda ordenar este tipo de subordinación, es preciso que esa conducta improcedente perjudique realmente a los demás acreedores, por ejemplo, alterando el plan ordinario de distribución o dejando a un acreedor con un grado de prelación injusto. En tal caso, el tribunal podrá recurrir a la subordinación para restablecer el orden de prelación alterado de modo que la distribución sea equitativa. Cuando con su conducta improcedente el reclamante no haya obtenido ninguna ventaja, en general el tribunal no podrá adoptar medidas de subordinación.

c) Clasificación de los créditos

i) Acreedores garantizados

624. Muchos regímenes reconocen los derechos de los acreedores garantizados a gozar de máxima prelación para la satisfacción de sus créditos, bien sea con cargo al producto de la venta de determinados bienes garantizados o con cargo a fondos generales. El método de distribución entre los acreedores garantizados depende del

método utilizado para proteger a este tipo de acreedores durante el procedimiento. Si el derecho real de garantía se protege preservando el valor del bien gravado, el acreedor garantizado dispondrá generalmente de un derecho de prelación sobre el producto de la venta de ese bien y a cobrar, como máximo, el importe de su crédito garantizado. En cambio, si la garantía real del acreedor se protege fijando el valor de la parte garantizada del crédito en el momento de la apertura del procedimiento, el acreedor tendrá por lo general un derecho de prelación sobre el producto general de la masa de la insolvencia y podrá cobrar una suma correspondiente al valor de la parte garantizada de su crédito. En el supuesto de que el crédito del acreedor garantizado exceda del valor del bien gravado, o del valor del crédito garantizado que haya determinado al inicio del procedimiento (cuando se siga ese criterio), el importe del crédito no cubierto por la garantía se considerará generalmente como un crédito ordinario no garantizado a los efectos de la distribución.

625. Algunos regímenes de la insolvencia no otorgan un grado máximo de prelación a los derechos de los acreedores garantizados. El pago de las sumas debidas a éstos pueden recibir menor prioridad que los gastos de administración de la masa y que otros créditos a los que se otorgue una protección prioritaria, como el pago de los salarios pendientes, los impuestos, las demandas por daños ecológicos y las demandas por lesiones personales. Por otra parte, hay regímenes que disponen que el monto que pueden recuperar (prioritariamente) los acreedores garantizados con cargo a los bienes gravados que amparan sus créditos se limite a un determinado porcentaje de dichos créditos. En algunos de esos regímenes se hace una distinción entre las garantías reales constituidas sobre casi todos los bienes de una entidad comercial (a veces denominadas hipotecas de empresa o gravámenes flotantes) y otras clases de garantías reales. La parte restante del crédito se utiliza generalmente para reembolsar los créditos de otros acreedores, ya sean éstos titulares de créditos con menor prelación o acreedores ordinarios no garantizados, o para pagar la remuneración y los gastos del representante de la insolvencia y los gastos contraídos en la conservación y administración del patrimonio de la insolvencia cuando el valor de los bienes de la masa sea insuficiente para sufragar esos gastos. Uno de los fundamentos de este criterio radica en que el acreedor garantizado debe soportar una parte equitativa de las pérdidas sufridas por otros acreedores en una liquidación, y sufragar una parte de los gastos en una reorganización. A menos que una parte de los bienes del deudor se reserve para el pago de ese tipo de créditos, es poco probable que los acreedores garantizados acepten que otros acreedores participen en tal distribución. La aplicación de estos tipos de excepciones a la regla de la máxima prelación de los acreedores garantizados podría crear incertidumbre entre esos acreedores, haciéndoles temer que no cobrarán sus créditos garantizados, restando así incentivos a la concesión de créditos garantizados e incrementando los gastos conexos. Sería sumamente conveniente que en los regímenes de la insolvencia se limitara la aplicación de tales excepciones.

626. Cuando el crédito garantizado se reembolsa directamente con el producto neto de la liquidación del bien pertinente, el acreedor garantizado, a diferencia de los acreedores no garantizados, generalmente no contribuirá (ni directa ni indirectamente) a los gastos generales del procedimiento de insolvencia, salvo que se prevean disposiciones como las antes señaladas. No obstante, en esos casos, aún puede exigirse al acreedor garantizado que contribuya al pago de otros gastos directamente relacionados con sus derechos, como los gastos administrativos que hayan tenido que realizarse para conservar el bien gravado en buen estado. Si el

representante de la insolvencia ha destinado recursos a la conservación del valor del bien gravado, tal vez sea razonable restar esos gastos administrativos del importe que normalmente el acreedor garantizado tendría derecho a cobrar prioritariamente con cargo al producto de la venta del bien. Otra excepción a la regla de la máxima prioridad puede ser la consistente en dar prelación al reembolso de los créditos otorgados después de la apertura. En tal caso, al obtener esos créditos, deben estar claras las repercusiones que tendrán, con su prelación, para los acreedores garantizados, en especial porque éstos pueden haber aprobado los créditos posteriores a la apertura (véase el capítulo VI.B).

ii) Costos y gastos administrativos

627. Los gastos administrativos del procedimiento de insolvencia gozan a menudo de prelación sobre los créditos no garantizados y generalmente se les concede esa prioridad a fin de asegurar que se remunere adecuadamente a las partes que intervienen en la administración del patrimonio de la insolvencia. Estos gastos incluyen generalmente la remuneración del representante de la insolvencia y de los profesionales empleados por éste o, en algunos casos, por el deudor; las deudas que se contraigan al ejercer debidamente sus funciones y poderes el representante de la insolvencia (o, en algunos casos, el deudor) (véase el capítulo IV.A y B); los gastos generados al seguir cumpliéndose ciertas obligaciones contractuales (por ejemplo, los contratos laborales y de arrendamiento); los gastos del procedimiento (por ejemplo, las costas judiciales) y, en algunos regímenes de la insolvencia, la remuneración de los profesionales empleados por un comité de acreedores.

iii) Derechos de prelación o créditos privilegiados

628. Los regímenes de la insolvencia atribuyen a menudo derechos prioritarios a ciertos créditos (principalmente no garantizados) cuyo pago tendrá, por tanto, prelación sobre el de otros créditos no garantizados y no privilegiados (o menos privilegiados). Estos derechos de prelación, que se basan a menudo en consideraciones de orden social y a veces político, van en contra del principio de la distribución *pari passu* y perjudican en general a los acreedores ordinarios no garantizados al reducir el valor de los bienes disponibles para distribuir entre ellos. El establecimiento de derechos de prelación puede fomentar un debate improductivo sobre los acreedores a los que debe darse prioridad y su justificación. El hecho de que un régimen de la insolvencia prevea estos derechos repercute también en la oferta y en el costo del crédito financiero, que aumentará a medida que disminuya la cantidad de fondos restantes para distribuir entre otros acreedores.

629. Algunas prelaciones se fundamentan en consideraciones sociales que podrían regularse más fácilmente en otras leyes, como en la legislación sobre el bienestar social, en vez de apuntar, en un régimen de la insolvencia, a objetivos sociales que sólo están vagamente relacionados con los problemas de deudas e insolvencia. Al establecerse prioridades de esta índole en un régimen de la insolvencia, se puede, en el mejor de los casos, resolver de forma incompleta e inadecuada el problema social, pero también se resta eficacia a los procedimientos de insolvencia. Cuando hayan de fijarse prelaciones en una ley sobre la insolvencia o cuando las prelaciones previstas en otras leyes se reconozcan y repercutan en los procedimientos de insolvencia, es conveniente que esas prelaciones se enuncien o especifiquen claramente en el régimen de la insolvencia (y, si es necesario, se incluyan en una determinada

categoría de créditos). Con ello se dará a ese régimen al menos transparencia y previsibilidad en lo que respecta a sus consecuencias para los acreedores, y los prestamistas podrán evaluar con mayor exactitud los riesgos de la concesión de crédito financiero.

630. En algunos regímenes recientes sobre la insolvencia se han reducido notablemente estos tipos de derechos de prelación debido a que han perdido aceptación pública. En algunos países, por ejemplo, se ha suprimido recientemente la prelación que solía otorgarse a los créditos fiscales. No obstante, en otros países se tiende a incrementar las categorías de deudas con prelación. El mantenimiento de distintas categorías de prelación para muchos tipos de créditos puede complicar la consecución de los objetivos fundamentales del régimen de la insolvencia y restar eficacia y eficiencia a los procedimientos de insolvencia. También puede crear injusticias y, en una reorganización, complicar la preparación del plan. Además, cabe recordar que ajustando el orden de distribución para crear esas prelaciones no se incrementará la suma total de los fondos a disposición de los acreedores, sino que más bien se beneficiará a un grupo de acreedores a expensas de otro grupo. Cuanto mayor sea el número de categorías de acreedores con prelación, mayores serán las posibilidades de que otros grupos reivindiquen el derecho a recibir también un trato prioritario. Cuanto mayor sea el número de acreedores que reciben un trato prioritario, menores serán los beneficios que reporte ese trato.

631. Entre los factores que pueden ser pertinentes al determinar si existen razones imperiosas para otorgar un rango privilegiado a un determinado tipo de deuda cabe destacar la necesidad de hacer cumplir obligaciones internacionales; la necesidad de compaginar los derechos particulares con los intereses públicos y los otros medios a que quepa recurrir para velar por esos intereses públicos; la conveniencia de dar incentivos a los acreedores para que administren eficientemente los créditos y otorguen créditos al precio más bajo posible; las repercusiones que puede tener el hecho de fijar ciertas preferencias sobre los costos de las operaciones y del cumplimiento; y la conveniencia de hacer distinciones sutiles entre los acreedores que puedan tener como consecuencia que una clase de acreedores tenga que soportar una carga mayor de la deuda pendiente.

632. Los regímenes de la insolvencia prevén distintos criterios para determinar los tipos de créditos a los que se concederá prelación y en qué habrá de consistir esa prelación. Los tipos de créditos a los que los países conceden prelación varían, pero predominan especialmente dos categorías: por un lado, los sueldos y las prestaciones de los empleados (los pagos de la seguridad social y las pensiones) y, por el otro, los créditos fiscales. El examen de la prelación de los créditos fiscales puede tener especial trascendencia en supuestos de insolvencia transfronteriza. Un criterio podría consistir en denegar prelación a todo crédito fiscal extranjero. Otra posibilidad sería reconocer algunas formas de prelación, quizás con un alcance limitado, para esos créditos fiscales, cuando, o bien exista reciprocidad en el reconocimiento de los créditos fiscales extranjeros, o bien se esté tramitando conjuntamente en más de un Estado un procedimiento de insolvencia que afecta a un único deudor. El artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza reconoce la importancia del principio de no discriminación respecto de la prelación dada a los créditos extranjeros, pero también dispone que los países

que no reconozcan los créditos extranjeros por concepto de impuestos o seguridad social pueden seguir discriminándolos[110].

- Créditos de los empleados

633. En la mayoría de los países, los créditos de los empleados (incluidos los sueldos adeudados, los pagos en concepto de licencias, vacaciones u otras ausencias remuneradas y las indemnizaciones por despido) constituyen una categoría de créditos prioritarios que, en muchos casos, goza de una prelación superior a la de los créditos en concepto de impuestos y seguridad social. Este criterio es generalmente compatible con la protección especial que se da a los empleados en otros aspectos del régimen de la insolvencia (véase el capítulo III.D.6), así como con el criterio de algunos convenios internacionales[111]. En algunos regímenes de la insolvencia, se considera importante dar mayor prioridad a la continuidad en el empleo que a otros objetivos del procedimiento de insolvencia, como el de obtener el mayor valor posible de la masa en beneficio de todos los acreedores. Esta importancia se hace patente cuando un régimen prevé la venta de la empresa como negocio en marcha (con la transmisión de las obligaciones existentes respecto de los empleados) como recurso prioritario frente a la liquidación o la reorganización, en las que esas obligaciones pueden modificarse o cancelarse.

634. En algunos países se otorga prelación a los créditos de los empleados pero se equiparan a los créditos fiscales y de seguridad social, integrándolos en la misma categoría de créditos privilegiados, que podrán ser satisfechos proporcionalmente en caso de que los fondos sean insuficientes. En otros países, los créditos de los empleados no gozan de prelación alguna, y entran en la misma categoría que los créditos ordinarios no garantizados, a pesar de que en algunos casos el pago de ciertas deudas nacidas durante un determinado período (por ejemplo, los sueldos y remuneraciones correspondientes a los tres meses anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia) puede estar respaldado por un fondo estatal de garantía de los sueldos. El fondo que garantice el pago de dichos créditos puede, a su vez, tener un crédito frente a la masa de la insolvencia, que puede tener o no la misma prelación frente a la masa que los créditos de los empleados, según los criterios que rijan, en un Estado, la utilización de fondos públicos (y no la de los bienes del deudor insolvente) para sufragar el pago de compensaciones salariales. Conforme a la práctica habitual, el fondo goza de los mismos derechos que los empleados, al menos hasta una determinada suma, que puede expresarse en forma de suma en concepto de sueldos o en un número de semanas de trabajo no remuneradas.

---

[110] Párrafo 2) del artículo 13 y nota de pie de página 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

[111] Por ejemplo, el Convenio de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (Núm. 173). El párrafo 1 del artículo 8 dispone que "la legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la seguridad social". El Convenio entró en vigor en 1995.

- Créditos fiscales

635. A menudo se concede prelación a los créditos fiscales del Estado con miras a proteger los ingresos públicos. La concesión de prelación a ese tipo de créditos se ha justificado por diversos motivos. Por ejemplo, porque esa prelación puede ser beneficiosa para el procedimiento de reorganización, ya que alentará a las autoridades fiscales a diferir la recaudación de los impuestos adeudados por una empresa en crisis al tener la certeza de que ulteriormente el régimen de la insolvencia concederá prelación al cobro de los créditos fiscales, y porque el Estado y las entidades públicas, al no ser acreedores convencionales o mercantiles, pueden ser excluidos de algunas opciones para el cobro de deudas comerciales. Sin embargo, la concesión de prelación a esos créditos puede ser contraproducente, ya que el hecho de no recaudar impuestos puede obstaculizar la aplicación uniforme de la legislación fiscal y constituir una forma de subsidio estatal que socave la disciplina que todo régimen de la insolvencia eficaz pretende fomentar. Esto puede alentar a las autoridades tributarias a no ejercer el debido control sobre los deudores y a no cobrar las deudas con un criterio comercial que contribuya a evitar la insolvencia y la desvalorización de los bienes.

iv) Acreedores ordinarios no garantizados

636. Una vez satisfechos los créditos de todos los acreedores garantizados y con prelación, se prorratea por lo general el resto de la masa de la insolvencia entre los acreedores ordinarios no garantizados. Dentro de esta categoría puede haber subdivisiones que prevean la subordinación o la prelación de algunos créditos, como ya se ha señalado. Más adelante se examinan algunos de los que son generalmente subordinados.

v) Propietarios y accionistas

637. Los propietarios y accionistas pueden tener créditos a raíz de préstamos concedidos al deudor y créditos derivados de su aportación al capital social o de su derecho de propiedad sobre el patrimonio del deudor. Muchos regímenes de la insolvencia hacen una distinción entre estos diferentes créditos. Con respecto a los créditos derivados de aportaciones de capital social, muchos regímenes de la insolvencia adoptan la regla general de que los propietarios y los accionistas de la empresa no tendrán derecho a la distribución del producto de los bienes hasta que se hayan pagado íntegramente todos los demás créditos que gocen de un mayor grado de prelación (incluidas las reclamaciones de intereses devengados después de la apertura del procedimiento). No es frecuente que esas partes, como tales, se beneficien de la distribución por su aportación al capital del deudor. Si se procede a una distribución, ésta se hace generalmente de conformidad con la clasificación de las acciones establecida en el derecho de sociedades y en la escritura de constitución de la empresa. Sin embargo, los créditos derivados de préstamos no siempre quedan subordinados.

vi) Personas allegadas al deudor

638. Otra categoría de acreedores que puede requerir atención especial es la de las personas relacionadas con el deudor tanto desde el punto de vista familiar como empresarial (véase el capítulo II.E.3 e) y el capítulo V.A). Conforme a algunos regímenes de la insolvencia, estos créditos siempre quedan subordinados y, en otros

regímenes, sólo se subordinan en caso de conductas injustas, fraudulentas o cuasifraudulentas. Cuando estos créditos quedan subordinados a otros, pueden ocupar un rango inferior al de los créditos ordinarios no garantizados. Otras formas de regular a estos créditos no se basan en su clasificación, sino en la restricción del derecho de voto o del monto del crédito que se admitirá en el procedimiento.

vii) Multas, sanciones e intereses devengados después de la apertura del procedimiento

639. Algunos países incluyen en la categoría de créditos ordinarios no garantizados las gratificaciones, las multas y las sanciones (ya sean administrativas, penales o de otra índole), dándoles un grado de prelación inferior al de otros créditos no garantizados. Algunos regímenes de la insolvencia excluyen estos tipos de créditos.

640. Para regular la acumulación y el pago de intereses devengados por los créditos se siguen diversos criterios. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que los créditos relativos a todas las deudas no garantizadas dejarán de devengar intereses al iniciarse un procedimiento de liquidación, pero en una reorganización el pago de intereses dependerá de lo que se haya acordado en el plan. En otros casos, cuando se prevea que los créditos puedan devengar intereses después de la apertura del procedimiento, puede subordinarse el pago de esos intereses, que sólo podrá efectuarse una vez que se hayan reembolsado todos los demás créditos no garantizados.

2. Distribución

a) Liquidación

641. Cuando existan varias categorías de créditos con diferentes grados de prelación, por lo general se pagará íntegramente a los acreedores con mayor prelación antes de pagar al siguiente grupo por orden de prelación, y así sucesivamente. Cuando se llegue a un nivel de prelación para el que no queden fondos suficientes para pagar íntegramente a todos los acreedores de esa categoría, se prorrateará entre ellos la suma restante. En algunos regímenes que no establecen grados de prelación, cuando los fondos sean insuficientes para pagar íntegramente los créditos, el prorrateo se hace entre todos los acreedores.

b) Reorganización

642. En un plan de reorganización podrán proponerse prioridades de distribución distintas de las previstas por las disposiciones del régimen aplicable a una liquidación, siempre y cuando los acreedores que voten sobre el plan aprueben esa modificación. En los procedimientos de reorganización, puede ser conveniente supeditar la confirmación del plan a que los acreedores con prelación cobren íntegramente sus créditos, a menos que dichos acreedores convengan otra cosa (véase el capítulo IV).

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas a la prelación y a la distribución tienen por objeto:

a) establecer el orden en el que deberán reembolsarse los créditos con cargo a la masa de la insolvencia;

b) velar por que se pague a los acreedores con prelación similar dividiendo proporcionalmente el valor de los bienes de la masa;

c) indicar las circunstancias en las que se admita una prelación en la distribución.

Contenido de las disposiciones legales

Categorías de acreedores afectados por la apertura del procedimiento de insolvencia y regulación de sus derechos

170) El régimen de la insolvencia debería especificar las categorías de acreedores que se verán afectadas por la apertura de un procedimiento de insolvencia y el modo en que se regularán sus derechos en lo relativo a la prelación de sus créditos y a la distribución del valor de la masa.

Establecimiento del orden de reembolso de los créditos

171) El régimen de la insolvencia debería establecer el orden en que habrán de satisfacerse los créditos hayan de pagarse con cargo a la masa.

Créditos con prelación

172) El régimen de la insolvencia debería reducir al mínimo la prelación otorgada a los créditos sin garantía. El régimen de la insolvencia debería enunciar claramente los créditos cuyo reembolso gozará de prelación en un procedimiento de insolvencia.

Créditos garantizados

173) El régimen debería especificar que los créditos garantizados deberán reembolsarse con cargo a los bienes dados en garantía, en una liquidación, o con arreglo a lo dispuesto en un plan de reorganización, subordinándolos a los créditos que tengan eventualmente mayor prelación. El régimen de la insolvencia debería reducir al mínimo y enunciar claramente los créditos que tengan un mayor grado de prelación que los créditos garantizados. Cuando el valor de la garantía sea insuficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, éste podrá participar en el procedimiento como si fuera un acreedor ordinario sin garantía.

Clasificación de los créditos

174) El régimen de la insolvencia debería disponer que los créditos, a excepción de los garantizados, deberán clasificarse y reembolsarse por el siguiente orden:

a) Los costos y gastos de administración de la masa;

b) Los créditos con prelación;

c) Los créditos ordinarios sin garantía;

d) Los créditos diferidos o subordinados[112].

175) El régimen de la insolvencia debería disponer que si, una vez reembolsados íntegramente todos los créditos, queda un remanente, ese saldo restante deberá devolverse al deudor.

La distribución en el marco de un procedimiento de liquidación

176) El régimen de la insolvencia debería disponer, como principio general, que los créditos de una categoría similar se reembolsarán conforme al principio de *pari passu*. Todos los créditos con prelación análoga de una misma categoría habrán de reembolsarse íntegramente antes de proceder al pago de los créditos de la categoría siguiente por orden de prelación.

177) El régimen de la insolvencia debería especificar que, al proceder a una distribución, el representante de la insolvencia hará una provisión de fondos para reembolsar los créditos presentados que aún no se hayan admitido definitivamente.

178) El régimen de la insolvencia debería disponer que en los procedimientos de liquidación las distribuciones se harán sin demora y que podrán efectuarse distribuciones provisionales.

C. Régimen aplicable a los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia

1. Introducción

643. Es frecuente que las sociedades constituyan grupos de empresas y que operen conjuntamente sin perder su personalidad jurídica propia. En caso de insolvencia de una de las empresas integrantes de un grupo, el trato que debe dársele como persona jurídica independiente puede plantear problemas generalmente complejos y difíciles de resolver. En determinadas situaciones, por ejemplo, cuando una empresa conexa ha dirigido o controlado la actividad mercantil de una empresa, las empresas del grupo pueden verse perjudicadas al ser tratadas como personas jurídicas independientes. Puede suceder, por ejemplo, que no sea posible utilizar los fondos de una empresa para saldar las deudas u obligaciones de una empresa deudora perteneciente al grupo (salvo cuando ésta sea accionista o acreedora de la otra empresa), pese a la estrecha vinculación que existe entre las empresas y al hecho de

[112] El régimen podrá dividir en subcategorías los créditos enunciados en los apartados a), b) y d). Cuando no sea posible reembolsar íntegramente todos los créditos de una misma categoría, los pagos deberán efectuarse siguiendo el orden de las subcategorías en que el régimen haya dividido los créditos de una misma categoría.

que tal vez la otra empresa haya participado en la gestión de la empresa deudora o la haya dirigido y haya contribuido así a que contrajera deudas y obligaciones. Además, cuando la empresa deudora pertenezca a un grupo de esa índole, puede ser difícil desentrañar las circunstancias particulares de un caso para determinar con qué empresa del grupo trataban ciertos acreedores o las operaciones financieras que llevaban a cabo las empresas del grupo.

644. Dos cuestiones que requieren especial atención en un procedimiento de insolvencia que afecte a una empresa perteneciente a un consorcio mercantil son:

a) La posibilidad de que alguna de las otras empresas del grupo deba hacerse cargo de las deudas externas de la empresa insolvente (considerando que todas las deudas son de la empresa insolvente, salvo las que haya contraído con las empresas integrantes del grupo, es decir, las "deudas internas"); y

b) El régimen aplicable a las deudas internas (los créditos que tengan las empresas del grupo frente a la empresa deudora).

645. Los regímenes de la insolvencia resuelven esas dos cuestiones de distintas maneras. En algunos se aplica un criterio prescriptivo, por el que se circunscriben rigurosamente las circunstancias en que podrá otorgarse a las empresas del grupo un trato que no sea el de persona jurídica independiente, es decir, las circunstancias en que una de las empresas podrá ser responsable de las deudas de una empresa deudora también integrante del grupo. En otros regímenes se sigue un criterio menos restrictivo y se da amplia discreción a los tribunales para que evalúen las circunstancias de un caso particular en función de ciertas directrices. La gama de posibles resultados a que da lugar este tipo de regímenes es más amplia que en los regímenes que prevén un criterio prescriptivo. No obstante, en ambos tipos de regímenes, el modo en que se regulan las cuestiones de responsabilidad dentro del grupo suele fundarse en la relación que existe entre la empresa insolvente y las demás empresas pertenecientes al grupo, en función de quién controle el capital y la gestión de aquélla. Una posible ventaja de tratar esas cuestiones en un régimen de la insolvencia radica en que es un incentivo para que los consorcios mercantiles supervisen constantemente las actividades de las empresas que los integran y adopten medidas en cuanto una de ellas experimente dificultades financieras graves. Sin embargo, el hecho de no tratar a las empresas como personas jurídicas independientes puede minar la capacidad de empresas, inversionistas y acreedores para circunscribir los riesgos y adoptar decisiones al respecto (lo que puede revestir particular importancia cuando el grupo cuente en su seno con una empresa que requiera que se preste atención a la gestión de riesgos, como en el caso de una entidad financiera); puede crear un considerable grado de incertidumbre que incida en el costo del crédito, en particular cuando corresponda al tribunal decidir la cuestión de responsabilidad por las deudas del grupo después de que haya sobrevenido la insolvencia; y puede obligar a realizar complejas operaciones contables sobre la forma en que se tratan las obligaciones entre las empresas del grupo.

2. Responsabilidad del grupo por las deudas externas

646. En los regímenes de la insolvencia se tienen en cuenta diversas circunstancias o distintos factores para determinar si una empresa conexa o una empresa integrante

de un grupo debe hacerse cargo de las deudas externas contraídas por otra de las empresas del grupo que sea insolvente.

647. En muchos regímenes se dispone que la empresa conexa se haga cargo de las deudas cuando haya otorgado una garantía respecto de sus filiales. De forma análoga, en muchos regímenes se establece la responsabilidad de indemnizar toda pérdida o perjuicio dimanantes de operaciones fraudulentas que se hayan llevado a cabo entre las empresas del grupo. En otras ramas del derecho pueden preverse también soluciones al respecto. En algunas circunstancias, por ejemplo, la ley puede considerar que la empresa insolvente es un agente de la empresa conexa, lo que permitiría a los terceros hacer valer sus derechos directamente frente a la empresa conexa como principal responsable.

648. Cuando el régimen de la insolvencia otorga a los tribunales amplios poderes discrecionales para determinar, conforme a determinadas directrices, la responsabilidad que tienen una o más empresas del grupo por las deudas de otras empresas del grupo, en esas directrices podrá indicarse que deberán tenerse en cuenta los siguientes factores: el grado de vinculación entre la administración, los negocios y las finanzas de las empresas; la conducta de la empresa conexa frente a los acreedores de la empresa insolvente; la convicción de los acreedores de que tenían tratos con una sola entidad económica, y no con dos o más empresas del grupo; y el grado en que la situación de insolvencia pueda imputarse a los actos de la empresa del grupo. Teniendo presentes esas consideraciones, un tribunal podrá dictaminar hasta qué punto un grupo ha actuado como entidad económica única y, en algunos regímenes, podrá ordenar que se consoliden o mancomunen el activo y el pasivo de las empresas[113], en particular cuando esa orden pueda coadyuvar a la reorganización del grupo o cuando una de las empresas pueda contribuir financieramente a la masa de la insolvencia, siempre y cuando esas aportaciones no socaven la solvencia de la empresa contribuyente. Esas sumas se abonan, por lo general, al representante de la insolvencia que administra el procedimiento en beneficio de la masa de la insolvencia en su conjunto.

649. Otra consideración importante que se tiene presente en los regímenes de la insolvencia para instituir ese tipo de medidas es la repercusión que éstas tendrán para los acreedores. A fin de que los acreedores en su conjunto reciban un trato equitativo, deben conciliarse los intereses de dos (o más) grupos de acreedores que hayan tratado con dos (o más) entidades mercantiles independientes. Esos intereses colectivos entrarán en conflicto entre sí si la suma de los activos del conjunto de empresas no alcanza para saldar los créditos. En tal supuesto, es posible que los bienes que corresponderían a los acreedores de una empresa del grupo que posea una base considerable de activos sufran una merma a causa de los créditos que reclamen los acreedores de otra empresa del grupo cuya base de activos sea limitada. Una forma de resolver esta cuestión es determinar si las economías que se lograrían en beneficio colectivo de los acreedores compensarían o no el eventual perjuicio que podría sufrir cada acreedor. Cuando ambas empresas son insolventes,

[113] Toda decisión judicial de que un grupo ha funcionado como entidad económica única dará lugar a la aplicación de otras disposiciones del régimen de la insolvencia, por ejemplo, la relativa a la obligación de los directores de impedir que se hagan operaciones comerciales en situación de insolvencia. En algunos regímenes se permite también que en un número limitado de circunstancias las empresas mancomunen voluntariamente sus activos y pasivos.

en algunos regímenes se sopesa si, al no dictarse una orden de consolidación, dando lugar por ende a procedimientos de insolvencia independientes, aumentarían los gastos y la duración del procedimiento y se agotarían los bienes que, de lo contrario, estarían a disposición de los acreedores, y si ello permitiría que los accionistas de algunas de las empresas del grupo percibieran beneficios a costa de los acreedores de otras empresas del grupo[114].

650. El principio común a todos los regímenes con disposiciones de este tipo es que, para dictar una orden de consolidación, el tribunal debe estar convencido de que, si no la dicta, los acreedores sufrirían un perjuicio mayor que el que sufrirían las empresas insolventes y los acreedores disconformes. En algunos ordenamientos se dispone por razones de equidad una consolidación parcial, eximiendo los créditos de ciertos acreedores, que se saldan con determinados activos (a los que no se aplica la orden de consolidación) de una de las empresas insolventes. Las dificultades que entraña un proceso de compensación de esta índole han hecho que raramente se dicten esas órdenes en los países cuyos regímenes las autorizan.

651. Cabe señalar que en los regímenes de la insolvencia que prevén la consolidación los derechos de los acreedores garantizados no se ven afectados, salvo tal vez los de los titulares de garantías reales internas (cuando el acreedor garantizado es una empresa del grupo).

3. Deudas internas

652. Las deudas internas entre las empresas de un grupo pueden regularse de diversos modos. Como ya se ha señalado (véase el capítulo II.E), las operaciones efectuadas entre empresas de un grupo pueden estar sujetas a acciones de anulación. En algunos regímenes de la insolvencia que prevén la consolidación, las obligaciones internas cesan cuando se dicta una orden de consolidación. Otro criterio consiste en clasificar las operaciones realizadas entre empresas de un grupo en una categoría distinta a la de las operaciones que se lleven a cabo entre partes no vinculadas entre sí (por ejemplo, puede considerarse que una deuda es una aportación de capital, y no un préstamo dentro del grupo), lo que supondrá que las obligaciones entre empresas de un grupo tendrán un grado de prelación inferior al asignado a las mismas obligaciones entre partes no vinculadas.

D. Derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia

(Nota: En estos momentos se elabora la sección dedicada al derecho aplicable; el proyecto definitivo se presentará al Grupo de Trabajo para que lo examine en su 30º período de sesiones, en 2004. Las recomendaciones revisadas que figuran a continuación reflejan los temas debatidos en el 29º período de sesiones del Grupo de Trabajo, celebrado en septiembre de 2003.)

[114] Algunos regímenes prevén que, antes de proceder a una distribución, se determine la identidad de los acreedores de cada empresa pertinente del grupo y que, además se determinen sus activos y pasivos.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas al derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia tienen por objeto:

a) facilitar el comercio ofreciendo criterios claros y transparentes que permitan prever el derecho que regirá todo lo relativo a los procedimientos de insolvencia;

b) prever reglas claras y previsibles que permitan a los tribunales determinar el derecho aplicable en el contexto de los procedimientos de insolvencia [incluida la ejecución de las disposiciones contractuales sobre la elección del derecho aplicable].

Contenido de las disposiciones legales

Derecho que rige los procedimientos de insolvencia

179) El régimen de la insolvencia debería disponer que la ley vigente en el lugar en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia regulará todos los aspectos de la sustanciación, administración y conclusión de dicho procedimiento, entre ellos:

a) los criterios para la admisibilidad de solicitudes y para la apertura de un procedimiento;

b) la constitución de la masa de la insolvencia y todo lo que formará parte de ella;

c) las disposiciones que regulen los bienes de la masa de la insolvencia, incluidas las relativas al ámbito de aplicación de la paralización, las excepciones oponibles y las medidas que eximan a una parte de los efectos de la paralización;

d) las costas y los gastos;

e) la propuesta, la aprobación, la confirmación y la ejecución de un plan de reorganización;

f) la nulidad, la anulabilidad o la inejecutabilidad de actos jurídicos que perjudiquen a los acreedores;

g) los efectos de la apertura del procedimiento en contratos que estipulen obligaciones que ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido todavía en su totalidad, incluida la ejecutabilidad de toda cláusula de extinción automática del contrato y de intransferibilidad de los créditos;

h) las condiciones en que pueda procederse a la compensación tras la apertura del procedimiento de insolvencia;

i) los derechos y obligaciones del deudor, del representante de la insolvencia, de los acreedores y del comité de acreedores;

j) los créditos y el derecho por el que se rigen;

k) el orden de prelación para la clasificación de los créditos;

l) la distribución del producto de la liquidación; y

m) la resolución y conclusión del procedimiento.

Casos excepcionales en los que podrá no aplicarse el régimen de los procedimientos de insolvencia

180) Como excepción a lo enunciado en los apartados f) y h) de la recomendación 179), el régimen de la insolvencia podrá disponer que se aplique el derecho de otro Estado que rija la compensación o la anulabilidad de operaciones, cuando se trate de operaciones realizadas antes de la solicitud de apertura o antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia[115].

Validez de las disposiciones contractuales sobre la elección del derecho aplicable

181) El régimen de la insolvencia debería reconocer toda cláusula contractual por la que el deudor y la otra parte acuerden expresamente que el derecho aplicable a la relación jurídica que se crea entre ellos será el de un Estado determinado, con independencia del nexo que exista entre la operación o las partes de que se trate y el derecho aplicable, salvo cuando se considere que tal cláusula es manifiestamente contraria al orden público [del Estado cuyo derecho se aplicaría de no existir dicha cláusula].

Determinación del derecho aplicable

182) En el régimen de la insolvencia debería indicarse claramente en qué casos se permitirá la aplicación de las leyes de otro Estado.

183) Respecto de la aplicación de otras leyes ajenas al régimen de la insolvencia, el tribunal deberá aplicar una regla sobre conflictos de leyes para decidir el derecho de qué Estado será aplicable. Las reglas sobre conflictos de leyes han de ser claras y previsibles y ajustarse a las normas modernas sobre conflictos de leyes que se enuncian en los tratados internacionales y en las guías legislativas patrocinadas por órganos internacionales.

VI. Conclusión del procedimiento

A. Exoneración

1. Exoneración del deudor en un procedimiento de liquidación[116]

653. Una vez realizada la distribución en un procedimiento de liquidación de la masa de un deudor que sea una persona física, es probable que algunos acreedores no hayan cobrado íntegramente sus créditos. El régimen de la insolvencia deberá regular la cuestión de si estos acreedores siguen teniendo un crédito pendiente frente

[115] En esta sección, el término “operación” se entiende referido en general a una amplia gama de actos jurídicos mediante los cuales cabe disponer de bienes o contraer obligaciones mediante una transferencia, un pago, la constitución de una garantía real o de otro tipo, un préstamo o algún acto de renuncia [o una acción encaminada a dar eficacia a una garantía real frente a terceros], y puede consistir en una combinación de operaciones.

[116] Estos párrafos se refieren a la exoneración de un deudor que es una persona física.

a ese deudor o si, por el contrario, el deudor queda exonerado o "liberado" de esos créditos residuales.

654. Cuando el deudor sea una sociedad de responsabilidad limitada, la cuestión de la exoneración una vez efectuada la liquidación no se plantea, puesto que la legislación preverá o bien la desaparición de la empresa como persona jurídica, o bien su pervivencia, aunque ya no sea más que una estructura sin bienes. Los accionistas no serán responsables de los créditos residuales y la cuestión de su exoneración no se planteará. Si la empresa del deudor adopta una forma diferente, como la de propiedad unipersonal, grupo de personas (asociación), o una entidad cuyos propietarios tengan responsabilidad ilimitada, se planteará la cuestión de si esas personas seguirán siendo responsables de los créditos no reembolsados tras la liquidación.

655. En algunos círculos se es cada vez más consciente de la necesidad de aceptar el fracaso de la empresa como un hecho natural en toda economía, así como de aceptar que tanto las empresas débiles como las sólidas pueden fracasar, aunque por distintas razones, sin que ello implique necesariamente una conducta irresponsable, temeraria o fraudulenta por parte de los directivos de la empresa. Es posible que una persona cuya empresa haya fracasado saque provecho de tal experiencia y, según algunos estudios, esas personas logran a menudo un gran éxito en posteriores negocios. Por esta razón, varios países han decidido adoptar regímenes de la insolvencia que no se limitan a regular la administración de la insolvencia, sino que también facilitan un nuevo comienzo a los deudores insolventes, despejando su situación financiera y adoptando otras medidas para mitigar el estigma social que sufre toda empresa declarada en quiebra, en vez de centrarse en las sanciones imponibles al deudor. Además de adaptar el régimen de la insolvencia para eliminar las condiciones y restricciones innecesarias en materia de exoneración, es necesario promover un cambio de actitud de la banca y de la sociedad en general frente a toda quiebra, y prever asistencia y apoyo para los empresarios afectados. Al mismo tiempo, es preciso que el régimen de la insolvencia proteja al público y a la comunidad mercantil de los deudores que lleven sus negocios financieros de manera irresponsable, temeraria o fraudulenta.

656. Los regímenes de la insolvencia regulan de diversos modos la cuestión de la exoneración. En algunos de ellos, el deudor sigue siendo responsable del pago de los créditos no satisfechos hasta que expire el plazo requerido para la prescripción (que en algunos casos puede ser bastante largo, por ejemplo, de diez años) y también puede estar sujeto a una serie de condiciones y restricciones que afecten a sus actividades profesionales, comerciales y personales. Este tipo de normas pone de relieve la importancia de la relación entre el deudor y el acreedor. Así, el hecho de que el deudor siga siendo responsable después de la liquidación tiene la doble finalidad de moderar la conducta financiera del deudor y de alentar al acreedor a conceder créditos financieros. Al mismo tiempo, ese enfoque puede tener el inconveniente de disuadir al empresario ante nuevas oportunidades y de frenar toda actividad innovadora y empresarial, dada la severidad de las sanciones previstas en caso de incumplimiento.

657. Otros regímenes prevén la exoneración completa de todo deudor honrado, que no haya cometido fraude, inmediatamente después de la liquidación. Este criterio hace hincapié en el beneficio del "nuevo comienzo" que entraña la exoneración y a

menudo está destinado a fomentar el desarrollo de una clase empresarial. También constituye un reconocimiento de que el sobreendeudamiento es un fenómeno real en todas las economías actuales que todo régimen de la insolvencia debe abordar. En una tercera modalidad, se procura lograr una solución de avenencia, previendo la exoneración del deudor una vez transcurrido un determinado período contado a partir de la fecha de la distribución, durante el cual se espera que el deudor se esfuerce de buena fe para satisfacer sus obligaciones pendientes.

658. En algunos regímenes de la insolvencia se adopta el criterio de que, en ciertas circunstancias, que varían de un régimen a otro, puede resultar conveniente limitar la posibilidad de exoneración. Esta limitación puede preverse, por ejemplo, cuando el deudor haya actuado de forma fraudulenta; cuando haya estado involucrado en actividades delictivas; cuando haya infringido leyes laborales o de protección del medio ambiente; cuando no haya llevado expedientes adecuados; cuando no haya participado de buena fe en el procedimiento de insolvencia o no haya cooperado con el representante de la insolvencia; cuando no haya facilitado o haya retenido u ocultado activamente información; cuando haya proseguido sus actividades mercantiles ya a sabiendas de que era insolvente; cuando haya contraído deudas sin una esperanza justificable de poder reembolsarlas; y cuando haya ocultado o destruido bienes o documentos tras la solicitud de apertura del procedimiento.

659. Los requisitos para la exoneración en estos tipos de circunstancias se regulan con distintos criterios. En algunos países, el período que debe transcurrir para conceder la exoneración puede ser bastante largo; también pueden imponerse condiciones y restricciones para la exoneración, o preverse una combinación de ambos criterios. Algunos tipos de deudas pueden quedar excluidas de la exoneración, como las derivadas de daños extracontractuales o de acuerdos de alimentos o de pensión alimentaria (pagos al cónyuge divorciado o para el sustento de los hijos del deudor), las deudas fraudulentas, las deudas basadas en multas impuestas como pena sustitutiva del encarcelamiento, y las deudas fiscales.

660. También pueden imponerse condiciones al deudor, ya sea durante el procedimiento o como condición para la exoneración, mediante una recomendación del representante de la insolvencia o del tribunal. Concretamente, puede restringirse la posibilidad de que el deudor obtenga nuevos créditos, de que salga del país o de que realice actividades mercantiles durante cierto tiempo o, cuando sea pertinente, inhabilitarlo para ejercer su profesión durante un determinado período. También puede supeditarse la concesión de una exoneración a que el deudor no adquiera posteriormente una fortuna de importe considerable con la que podría reembolsar deudas anteriores. La duración de estas limitaciones varía según la situación del deudor. Otras limitaciones previstas en los regímenes de la insolvencia afectan al número de veces que puede exonerarse a un deudor. En algunos ordenamientos estrictos, sólo se permite una exoneración; o en otros, debe transcurrir un determinado plazo, por ejemplo, de diez años, antes de que el deudor pueda tener derecho a una nueva exoneración o incluso a iniciar un procedimiento de insolvencia en el que pueda obtener una nueva exoneración. Otro enfoque consiste en restringir la exoneración, por ejemplo, cuando el deudor haya obtenido una liberación de sus deudas durante un determinado período anterior a la apertura del procedimiento en curso y cuando los pagos realizados durante ese procedimiento hayan sido inferiores a un determinado porcentaje.

661. Al elegir entre esas opciones deben sopesarse los objetivos fundamentales de los procedimientos de insolvencia, teniendo en cuenta los posibles motivos de exoneración del deudor y la necesidad de sancionar ciertas conductas. Podría hacerse una distinción entre un proceder inapropiado y tal vez negligente y un proceder equiparable a una conducta ilícita. Si la finalidad implícita del régimen de la insolvencia es superar las dificultades financieras del deudor y facilitarle un nuevo comienzo a fin de fomentar una actividad empresarial en que se asuman riesgos, podrá exonerarse, tras la liquidación, a todo deudor honrado que se haya mostrado dispuesto a cooperar y que haya cumplido sus obligaciones conforme al régimen de la insolvencia, imponiéndole restricciones mínimas. Si el criterio consiste en imponer restricciones drásticas a tales deudores y prever la exoneración únicamente al cabo de mucho tiempo y después de que hayan cumplido numerosas condiciones, cabrá deducir que la finalidad de tal régimen de la insolvencia es castigar a los deudores, en vez de posibilitar su rehabilitación. Sería más apropiado imponer restricciones y condiciones cuando el deudor no haya obrado con honradez, no haya cooperado con el representante de la insolvencia o no haya cumplido sus obligaciones conforme al régimen o, en casos más extremos, cuando haya incurrido en una conducta delictiva.

662. Otra consideración válida es la relación entre las condiciones impuestas y la lógica básica del principio de la exoneración. La imposición de ciertas condiciones amplias, como la de prohibir al deudor que lleve a cabo actividades mercantiles, tal vez no se ajuste al concepto básico de conceder exoneración. Según las circunstancias, quizá sea más apropiado imponer condiciones menos restrictivas, por ejemplo, limitar las posibilidades del deudor de formar parte de un consejo de administración. Cuando un régimen de la insolvencia prevea la imposición de condiciones y la exclusión de ciertas deudas de la exoneración, será conveniente que esas condiciones y exclusiones sean mínimas. En la medida de lo posible, y por razones de transparencia y previsibilidad, convendría enunciar en el régimen de la insolvencia los tipos de deudas que no podrán ser objeto de exoneración.

663. Algunos regímenes de la insolvencia prevén también que podrá suspenderse la exoneración cuando se haya concedido al principio del procedimiento y, por ejemplo, el deudor incumple una obligación, o que podrá revocarse, por ejemplo, cuando la exoneración se haya obtenido mediante fraude, cuando el deudor haya retenido fraudulentamente información sobre bienes que debían formar parte de la masa de la insolvencia, o cuando haya incumplido órdenes del tribunal.

664. Una cuestión que debe tenerse en cuenta al regular la posibilidad de exonerar de sus deudas a personas que se dediquen a una actividad mercantil es el solapamiento entre el endeudamiento comercial y el endeudamiento del consumidor. Varios países, conscientes de que la insolvencia de las personas físicas se regula de diferentes modos (en algunos países, no puede declararse en quiebra a personas físicas, mientras que en otros se exige que la persona haya actuado en calidad de "comerciante") y de que muchos países no disponen de un régimen sólido que regule la insolvencia del consumidor, han adoptado regímenes de la insolvencia que procuran distinguir entre los deudores que son simplemente consumidores y aquellos cuyas obligaciones se derivan de pequeñas empresas. Puesto que los créditos personales se utilizan frecuentemente para financiar pequeñas empresas, ya sea como capital inicial o como fondo de operaciones, puede ocurrir que no siempre sea posible dividir las deudas en categorías claras. Por esa razón, cuando un

ordenamiento jurídico reconoce tanto las deudas comerciales como las deudas de consumidores, tal vez carezca de sentido adoptar normas que regulen las deudas comerciales de personas físicas que difieran de las reglas aplicables a las deudas de consumidores.

2. Exoneración de deudas y modificación de créditos en procedimientos de reorganización

665. A fin de que el deudor cuya empresa se reorganice tenga las mayores posibilidades de salir adelante, el régimen de la insolvencia puede disponer la exoneración de las deudas o la modificación de los créditos cuando tal exoneración o modificación se haya previsto en el plan de reorganización. Esta posibilidad permite contribuir al objetivo de fomentar la seguridad en el comercio al dar carácter vinculante a la condonación, la cancelación o la modificación de las deudas conforme al plan aprobado. Este principio es particularmente importante para garantizar el cumplimiento del plan por parte de los acreedores que lo rechazaron y de los que no participaron en el proceso de aprobación. Asimismo, permite a otros prestamistas e inversionistas saber con certeza que no tendrán que hacer frente a una liquidación imprevista ni a créditos ocultos o no declarados. De este modo, la exoneración garantiza de manera inequívoca que en el plan se han tenido totalmente en cuenta los derechos de los acreedores.

666. La exoneración concedida en un procedimiento de reorganización podría surtir efecto a partir del momento en que el plan adquiriera eficacia jurídica conforme al régimen de la insolvencia o a partir del momento en que concluyera totalmente su ejecución. En caso de que el plan no se ejecutara en su totalidad o de que fracasara su ejecución, muchos regímenes de la insolvencia disponen que se anule la exoneración.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre la exoneración del deudor tienen por objeto:

a) permitir que un deudor que sea una persona física quede definitivamente exonerado del pago de sus deudas anteriores a la apertura del procedimiento, dándole así la oportunidad de comenzar de nuevo;

b) determinar las circunstancias en que podrá concederse la exoneración y las condiciones de su concesión.

Contenido de las disposiciones legales

Exoneración del deudor en procedimientos de liquidación

184) Cuando una persona física pueda acogerse al régimen de la insolvencia en calidad de deudor, convendría regular la cuestión de la exoneración del deudor de su responsabilidad por las deudas contraídas antes de la apertura del procedimiento. El régimen de la insolvencia podrá disponer que la exoneración no se concederá hasta la expiración de un plazo concreto, contado a partir de la fecha de apertura del procedimiento, durante el cual el deudor deberá cooperar con el representante de la insolvencia. Al expirar el plazo, el deudor podrá quedar exonerado si no ha actuado

fraudulentamente y si ha cooperado con el representante de la insolvencia en el cumplimiento de las obligaciones que le imponga el régimen de la insolvencia. El régimen podrá prever la revocación de toda exoneración obtenida por medios fraudulentos.

185) Cuando el régimen de la insolvencia excluya ciertas deudas de la exoneración, convendrá reducir al mínimo las deudas excluidas, a fin de que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme, y enunciar tales exclusiones en el régimen de la insolvencia. Cuando el régimen imponga condiciones para conceder exoneraciones, convendrá reducir al mínimo esas condiciones a fin de que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme.

B. Conclusión del procedimiento

667. Los regímenes de la insolvencia regulan de distinta manera la forma de concluir o clausurar un procedimiento, los requisitos de clausura y los trámites correspondientes.

1. Liquidación

668. Diversos regímenes de la insolvencia adoptan un criterio en virtud del cual se exige generalmente que, una vez que los bienes se hayan convertido en efectivo y se haya procedido a la distribución, el representante de la insolvencia convoque una junta de acreedores en la que presente el balance final de las cuentas. Si los acreedores aceptan ese balance, lo único que exigen algunos regímenes (cuando el deudor sea una persona jurídica) es que se presenten las cuentas definitivas y un informe de la última reunión al órgano administrativo competente para la inscripción registral de las personas jurídicas, tras lo cual se disolverá la empresa del deudor, mientras que otros regímenes exigen la presentación de una solicitud formal ante el tribunal para obtener una orden judicial de disolución. Este criterio general se aplica con ligeras diferencias entre los trámites requeridos en función de si el procedimiento de insolvencia se ha iniciado a instancia del deudor o de los acreedores.

2. Reorganización

669. Generalmente, los regímenes de la insolvencia eligen entre dos o tres formas de regular la conclusión de los procedimientos de reorganización. Por ejemplo, se puede dar por concluido el procedimiento cuando se aprueba el plan de reorganización (y, en su caso, cuando lo confirma el tribunal) (véase el capítulo IV.A.6); cuando se han cumplido las obligaciones de conformidad con el plan y, en cualquier caso, cuando se ha ejecutado plenamente el plan (independientemente de que para ello se haya requerido o no una orden judicial, a pesar de que algunos regímenes disponen que el tribunal deberá dictar una orden por la que ponga fin a las obligaciones del representante de la insolvencia); y cuando el tribunal ordena que se clausure el procedimiento por considerar que se ha recurrido indebidamente al régimen de la insolvencia o que el deudor no cumplía los requisitos de apertura cuando se abrió el procedimiento. También puede darse por concluido el procedimiento cuando se cumpla lo que a tal efecto disponga el plan o cualquier otro acuerdo contractual con los acreedores. Cuando el plan de reorganización no se haya ejecutado en su totalidad, el régimen de la insolvencia

puede prever que el tribunal dicte una orden por la que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, a fin de evitar que el deudor quede en situación de insolvencia sin que se resuelva su situación financiera. Cada régimen determinará si este paso constituye o no la conclusión formal del procedimiento de reorganización y el inicio de un procedimiento de liquidación. Cuando el régimen prevea que el procedimiento de reorganización concluirá con la aprobación (y, en su caso, con la confirmación judicial) del plan, los derechos y obligaciones previstos en el plan se ejecutarán con arreglo a otras leyes, al margen del régimen de la insolvencia.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas a la conclusión del procedimiento tienen por objeto determinar la forma en que deberá ponerse fin al procedimiento, una vez logrados sus objetivos.

Contenido de las disposiciones legales

Liquidación

186) El régimen de la insolvencia debería disponer que el procedimiento de liquidación quedará clausurado una vez efectuada la distribución final del producto de la liquidación o cuando se resuelva que no es posible realizar ninguna distribución.

Reorganización

187) El régimen de la insolvencia debería disponer que el procedimiento de reorganización quedará clausurado cuando se haya ejecutado plenamente el plan de reorganización o en una fecha anterior que fijará el tribunal.

F. Nota de la Secretaría sobre el régimen aplicable a las garantías reales en el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 30º período de sesiones

(A/CN.9/WG.V/WP.71) [Original: inglés]

1. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión tomó nota con particular satisfacción de los esfuerzos realizados por el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) y por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) para coordinar su labor sobre un tema de interés común: el tratamiento de las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. Se apoyó enérgicamente esa coordinación, que, según el criterio general, era de crucial importancia para dar a los Estados orientaciones generales y coherentes sobre la forma de regular el tema de las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. La Comisión respaldó la sugerencia de revisar el capítulo X del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, relativo a la insolvencia, teniendo en cuenta los principios fundamentales convenidos por los Grupos de Trabajo V y VI (véase A/CN.9/511, párrs. 126 y 127, y A/CN.9/512, párr. 88). La Comisión también hizo suya la sugerencia de que los dos Grupos de Trabajo coordinaran más estrechamente su labor, por ejemplo, celebrando una reunión conjunta de un día de duración en sus siguientes períodos de sesiones[1].

2. En su primer período de sesiones conjunto (Viena, 16 y 17 de diciembre de 2002), los Grupos de Trabajo V y VI examinaron el régimen aplicable a las garantías reales en los procedimientos de insolvencia sobre la base del capítulo IX (Insolvencia) del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5). En el mismo período de sesiones se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del capítulo IX (Insolvencia) (véase A/CN.9/535, párr. 8).

3. En su 36º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión expresó su reconocimiento a los Grupos de Trabajo V y VI por los progresos realizados durante su primer período de sesiones conjunto en cuestiones de interés común, y tomó nota con satisfacción de los planes de organización de reuniones conjuntas de expertos[2].

4. En su cuarto período de sesiones (Viena, 8 a 12 de septiembre de 2003), el Grupo de Trabajo VI examinó la versión revisada del capítulo IX (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6) y pidió a la Secretaría que preparara una nueva versión revisada (véase A/CN.9/543, párr. 15).

5. Los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) celebrarán su segundo período de sesiones conjunto el 26 de marzo de 2004 a fin de confirmar el régimen que según el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párr. 203.

[2] Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párr, 217.

la insolvencia (documento A/CN.9/WG.V/WP.70 (Parts I y II)) será aplicable a los acreedores garantizados en un procedimiento de insolvencia, examinando su relación con varias cuestiones que se plantearon en el cuarto período de sesiones del Grupo de Trabajo VI , celebrado en septiembre de 2003[3]. La Comisión ha pedido al Grupo de Trabajo V que finalice su labor sobre el proyecto de guía legislativa y que se lo presente en su 37º período de sesiones, en 2004, con miras a ultimarlo y aprobarlo.

6. En el cuadro adjunto a la presente nota se enumeran algunas cuestiones relativas al régimen aplicable a las garantías reales. En la cuarta columna se resume el modo en que se regulan esas cuestiones en el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia. En las columnas segunda y tercera se remite a los títulos y capítulos pertinentes del proyecto de guía legislativa.

7. De las cuestiones enumeradas en el cuadro adjunto, los Grupos de Trabajo tal vez deseen examinar si en la guía sobre el régimen de la insolvencia conviene tratar más a fondo los temas siguientes:

a) La aplicación de las disposiciones sobre paralización y anulación al perfeccionamiento de una garantía real (véanse las cuestiones 3 y 18);

b) La determinación del valor económico de las garantías reales (y, en particular, el momento de efectuar la valoración) (véanse las cuestiones 7 y 9);

c) El régimen aplicable en los procedimientos de reorganización a los acreedores garantizados que se opongan al plan de reorganización o que se abstengan de votar al respecto (véanse las cuestiones 23 a 28);

d) Las excepciones a la regla de la máxima prelación de los acreedores garantizados (véanse las cuestiones 32 y 33);

e) El régimen aplicable a los acuerdos de subordinación (véase la cuestión 34); y

f) El régimen aplicable a los acuerdos de retención de la titularidad (véanse las cuestiones 36 a 43).

[3] Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su cuarto período de sesiones, septiembre de 2003 (A/CN.9/543, párrs. 81 a 83).

Cuestión	Títulos pertinentes	Ref.	Modo en que se regula cada cuestión en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia
1. ¿Los bienes gravados forman parte de la masa de la insolvencia?	Bienes que constituyen la masa de la insolvencia	II.A	La recomendación 24 a) dispone que "El régimen de la insolvencia debería especificar los bienes que constituirían el patrimonio, incluidos... los derechos que pueda tener el deudor sobre bienes sujetos a garantías reales y sobre bienes que sean propiedad de terceros en el momento de [la solicitud de apertura] [la apertura] del procedimiento de insolvencia" (véanse también los párrafos 156 y 159 a 161). En los párrafos 159 y 160 se examinan las razones que justifican la inclusión de los bienes gravados en la masa y se observa que, si bien al incoarse el procedimiento de insolvencia puede limitarse o suspenderse el ejercicio de los derechos reales de garantía, el régimen de la insolvencia debería disponer claramente que la inclusión de un bien gravado en la masa de la insolvencia no privará totalmente a los acreedores de sus derechos reales de garantía. *Nota para los Grupos de Trabajo: Cabría preguntarse si la expresión "derechos que pueda tener el deudor sobre bienes" engloba todas las circunstancias que se pretende abarcar. Por ejemplo, ¿queda incluido el derecho del deudor sobre un acuerdo de transferencia de la titularidad cuando la ley no prevea que el deudor pueda retener un derecho real equitativo o un derecho de redención sobre los bienes gravados? Si en tales circunstancias el deudor debe atenerse a los derechos que nazcan de un contrato o de la legislación, ¿no convendría que en el enunciado actual se hiciera referencia a esos derechos?*
2. ¿Qué alcance tendrá la paralización y en qué momento podrá aplicarse?	Protección y conservación de la masa de la insolvencia	II.B	La guía dispone que un tribunal podrá otorgar medidas cautelares (incluso una orden de paralización) que serán aplicables entre la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento (recomendación 27), y que en el momento de la apertura la paralización o la suspensión debería aplicarse a determinadas acciones (recomendación 34). Concretamente: "a) se paralizarán el inicio o la continuación de acciones individuales o de procedimientos que afecten a los bienes del deudor, así como a los derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor; b) se paralizará [la constitución] [toda acción encaminada a que las garantías reales sean eficaces frente a terceros] o la ejecución de garantías reales; c) se paralizará toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia; d) se suspenderá el derecho de otra parte a poner fin a todo contrato con el deudor; y e) se suspenderá el derecho a transferir o gravar cualquier bien de la masa de la insolvencia o a disponer de él de algún otro modo". La paralización se aplicaría a todo acto del deudor y de los acreedores o terceros, como la constitución de un gravamen por el deudor después de la apertura del procedimiento de insolvencia.
			Los acreedores garantizados podrán pedir que se los exima de los efectos de la paralización (véase la cuestión 5 *infra*).
3. ¿Los efectos de la paralización deberían hacerse extensivos a los actos de perfeccionamiento de las garantías reales?			En la recomendación 27 a) se especifica que las medidas cautelares podrán abarcar, entre otras cosas, "a) la paralización de la ejecución de medidas contra los bienes del deudor, incluido [el perfeccionamiento] [las acciones encaminadas a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros] o la ejecución de garantías reales"; véase también la recomendación 34.

Cuestión	Títulos pertinentes	Ref.	Modo en que se regula cada cuestión en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia
			Véase en general el párrafo 181. En la nota 35 de pie de página, correspondiente al párrafo 189, se dice que "Cuando un régimen de las operaciones garantizadas prevea un período de gracia para la constitución de una garantía real, convendrá estudiar también si el régimen de la insolvencia debería reconocer ese período de gracia y prever una excepción, eximiendo a los acreedores garantizados de la paralización para permitir la constitución de garantías reales en las circunstancias del caso".
4. ¿Cuánto durará la aplicación de la paralización			En la recomendación 37 c) se dispone que "El régimen de la insolvencia debería especificar que las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia mantendrán sus efectos durante todo el procedimiento de insolvencia hasta que: a) se otorgue una exención al respecto; b) entre en vigor un plan de reorganización; o c) en el caso de los acreedores garantizados en procedimientos de liquidación, expire el período fijado por la ley, a menos que el tribunal prorrogue ese período cuando se demuestre que: i) la prórroga es necesaria para maximizar el valor de los bienes en beneficio de los acreedores; y ii) el acreedor garantizado quedará protegido de toda pérdida de valor del bien gravado". En la nota 52 de pie de página, correspondiente a la recomendación 37 c), se señala que se trata de que la paralización sólo se aplique a los acreedores garantizados durante un breve período, por ejemplo, de 30 a 60 días, y de que la ley especifique claramente el período de aplicación.
5. ¿Qué motivos justifican que se exima al acreedor garantizado de los efectos de la paralización?			En la recomendación 38 se especifica que "... un acreedor garantizado podrá solicitar al tribunal que lo exima de los efectos del tipo de medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento por motivos que pueden ser, entre otros: a) el hecho de que el bien gravado no sea necesario para una eventual reorganización o venta de la empresa del deudor; b) [cuando el valor del crédito del acreedor garantizado exceda del valor del bien gravado,] el hecho de que el valor económico del bien gravado se esté mermando y de que el acreedor garantizado no esté protegido contra esa pérdida de valor; y c) en una reorganización, el hecho de que no se haya aprobado un plan de reorganización en el plazo pertinente." Entre otras situaciones examinadas en que pueden solicitarse medidas de exención de los efectos de la paralización (véanse los párrafos 200 y 207) figuran los casos en que la protección del valor del bien gravado no sea posible o resulte excesivamente onerosa para la masa de la insolvencia, o en que convenga hacer excepciones para proteger o preservar el valor de bienes tales como los bienes perecederos.

Cuestión	Títulos pertinentes	Ref.	Modo en que se regula cada cuestión en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia
6. Además de la exención de los efectos de la paralización ¿qué otros tipos de protección pueden concederse a los acreedores garantizados y qué condiciones deben cumplirse para su concesión?			La recomendación 39 dispone que "... el acreedor garantizado podrá solicitar protección al tribunal. Cuando el valor del bien gravado no exceda del valor del crédito garantizado o sea insuficiente para cubrir dicho crédito si el valor del bien gravado sufre una merma a consecuencia de la imposición de las medidas aplicables en el momento de la apertura, la protección otorgable podrá consistir, en: a) pagos en efectivo a cargo de la masa; b) la aportación de una garantía suplementaria; o c) otras medidas que el tribunal considere apropiadas". En la guía se abordan otras medidas de protección (véanse los párrafos 160, 189 y 206) consistentes en el mantenimiento del valor del bien gravado o de la parte garantizada del crédito de un acreedor; el pago de intereses; y la consulta de los acreedores garantizados para conocer su opinión sobre la utilización y la venta de los bienes gravados. En el párrafo 206 se dice que la conveniencia de una u otra forma de protección del valor del bien gravado deberá sopesarse en función de la complejidad y del costo eventual de esas medidas. Bienes que sean propiedad de terceros: en el párrafo 237 se señala que la ley deberá contemplar la protección de los derechos del propietario de bienes frente a toda pérdida de valor de éstos, de la misma forma en que se protege a los titulares de créditos garantizados.
7. ¿Qué "valor" se protegerá			En los párrafos 210 a 215 se analizan diversas formas de proteger el valor del bien gravado. El primer criterio examinado se recoge en la recomendación 39 (véase la cuestión 6 *supra*). Otra forma de salvaguardar el valor del bien gravado que se trata en la guía (pero que no se enuncia en las recomendaciones actuales) consiste en proteger el valor de la fracción garantizada de un crédito: al abrirse el procedimiento se valora el bien gravado y se determina el importe de la parte garantizada del crédito. Este monto se mantiene fijo durante todo el procedimiento y, al concluir, se procede a su distribución. Se observa que en algunos regímenes se prevé el pago de intereses.
8. De ser necesario ¿cómo podría "sustituirse" la garantía real?			En el párrafo 214 se especifica que, en previsión del supuesto en que el representante de la insolvencia deba vender los bienes gravados, conviene que el régimen de la insolvencia permita al representante de la insolvencia ofrecer a los acreedores afectados "una garantía equivalente, como un gravamen sobre otro bien o el producto de la venta de los bienes gravados, o abonarles el importe total del valor de los bienes que garantizan sus créditos respectivos, ya sea de inmediato o conforme a un calendario de pagos convenido". El régimen podrá restringir la utilización del producto de la venta de bienes gravados (véase la cuestión 13 *infra*).

Cuestión	Títulos pertinentes	Ref.	Modo en que se regula cada cuestión en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia
9. ¿En qué momento y de qué forma se determinará el valor económico de una garantía real?			En los párrafos 213 y 214 se exponen las diversas finalidades para las que se requiere la valoración de los bienes gravados y se subraya la necesidad de que en el régimen de la insolvencia se precise en qué fecha debe efectuarse tal valoración; se da como ejemplo la fecha de apertura del procedimiento y se prevé un examen continuo para hacer ajustes. En la guía se examinan los posibles métodos de valoración, como mediante un acuerdo entre las partes, la evaluación pericial en un marco judicial, las comparaciones entre mercados o la aplicación de principios que se enuncien en el régimen de la insolvencia. No se formula ninguna recomendación específica sobre el método ni la fecha de valoración.
10. Restricciones impuestas a la ejecución de garantías reales tras a la apertura del procedimiento, incluido el caso en que el acuerdo de garantía forme parte de un contrato que no se ha cumplido en su totalidad.			Véanse los capítulos II.B (Alcance de la paralización) y II.E. (Régimen aplicable a los contratos). En la guía se mencionan en general los contratos en que ninguna de las partes ha cumplido plenamente sus obligaciones (párrafo 257) y se observa que tal vez sea necesario exceptuar la aplicación de las reglas generales de los contratos a algunos tipos de contratos, por ejemplo, los contratos de trabajo, los contratos de prestación de servicios personales, los contratos financieros, los contratos de préstamos y los contratos de seguro (párrafo 259). No se examinan específicamente los acuerdos de garantía.
11. ¿Qué facultades tendrá el representante de la insolvencia para usar o vender los bienes gravados?	Utilización y disposición de los bienes	II.C	Las recomendaciones 40, 43 y 44 disponen que el régimen debería permitir al representante de la insolvencia utilizar y disponer de los bienes de la masa, incluidos los bienes sujetos a garantías reales, durante el curso ordinario de los negocios o en otras condiciones, siempre y cuando: se notifique la venta propuesta u otro tipo de disposición a los acreedores garantizados; los acreedores garantizados tengan la oportunidad de oponerse a la venta propuesta; no se haya dictado ninguna limitación de la paralización; y se preserve la prelación de los derechos de los acreedores sobre el producto de la venta. En los párrafos 229 y 230 se examinan diversos criterios para regular la utilización o disposición de bienes gravados (que no entraña la imposición de nuevos gravámenes). En el párrafo 231 se analizan distintas formas de reglamentar la venta de los bienes de la masa de la insolvencia libres de gravámenes y se exponen las condiciones que deben cumplirse en distintos regímenes de la insolvencia, como, por ejemplo, que el precio de venta sea superior al valor de la garantía real o que el acreedor garantizado pueda ser obligado (en otro procedimiento judicial) a aceptar el pago en metálico u otra garantía equivalente para saldar su crédito; y que el tribunal pueda autorizar la venta en contra de la voluntad del acreedor garantizado. Se señala, además, que si la oferta por el bien es insuficiente, puede permitirse al acreedor garantizado compensar la oferta. Ventas urgentes: en la recomendación 46 se especifica que el régimen de la insolvencia debería permitir la venta urgente de bienes “que, por su naturaleza o por otras circunstancias, sean perecederos, sean susceptibles de devaluación o estén expuestos a otros riesgos. La ley puede disponer que, en tales circunstancias, no se requiera la aprobación previa del tribunal o de los acreedores”.

Cuestión	Títulos pertinentes	Ref.	Modo en que se regula cada cuestión en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia
			Facultad del acreedor garantizado para vender: en el párrafo 229 se observa que, si los bienes gravados no forman parte de la masa de la insolvencia, el acreedor garantizado podrá venderlos; en caso contrario, esa facultad corresponde normalmente al representante de la insolvencia, aunque puede limitarse el ejercicio de esa facultad, especialmente en una liquidación, y, en determinadas circunstancias, el representante de la insolvencia puede renunciar a los bienes gravados.
12. ¿Cuándo podrá entregarse el bien gravado al acreedor garantizado?			La recomendación 48 dispone que "... cuando el valor del crédito garantizado sea superior al del bien gravado, y cuando dicho bien no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha, la ley podrá permitir que el representante de la insolvencia renuncie al bien y lo entregue al acreedor garantizado sin antes notificar a los demás acreedores". También será posible renunciar a determinados bienes cuando tal renuncia beneficie a la masa, o cuando el acreedor garantizado obtenga una exención de los efectos de la paralización. Otros supuestos que se examinan en la guía (véase el párrafo 234) son los siguientes: cuando los bienes tengan un valor insignificante o nulo para la masa; cuando sean tan onerosos que su retención supondría un gasto excesivo y superior a lo que se obtendría de ellos o crearía una obligación onerosa o una responsabilidad de pagar dinero; o cuando el bien resulte imposible o muy difícil de vender para el representante de la insolvencia, por ejemplo, cuando se trate de un bien único, o de un bien que no tenga valor de mercado o para el que no haya un mercado fácilmente accesible.
13. ¿Quién tendrá derecho a percibir el producto de la venta de bienes gravados resultante de tratos u operaciones que se hayan efectuado tras la apertura del procedimiento? ¿El producto destinado a ese fin abarcará tanto los bienes sustitutivos como los ingresos estrechamente vinculados a ellos? (véase la cuestión 8 *supra*).			En los párrafos 238 y 239 se señala que en la mayoría de los regímenes de la insolvencia se prevé que los acreedores garantizados tendrán un derecho equivalente sobre el producto en efectivo de la venta de los bienes gravados. El producto podrá utilizarse con el consentimiento del acreedor garantizado pertinente o del tribunal. Algunos regímenes establecen que, antes de autorizar la utilización del producto, el tribunal deberá determinar ciertas cuestiones: la garantía real del caso y el valor del correspondiente bien gravado; el riesgo que puede suponer la utilización del bien para el acreedor garantizado; y si se han adoptado medidas suficientes para proteger el valor económico del crédito garantizado.
14. ¿Qué tipos de financiación posterior a la apertura del procedimiento podrán obtenerse? ¿Cómo se compaginará la prelación del proveedor de la nueva financiación garantizada con la de los acreedores ya garantizados antes de la apertura del procedimiento?	Financiación posterior a la apertura del procedimiento	II.D	Recomendación 50: "El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituya una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura del procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos posteriormente, o una garantía nueva o con menor prioridad sobre bienes de la masa ya gravados" (véase también la cuestión 15 *infra*). En los párrafos 247 a 250 se examinan las cuestiones de la constitución de garantías y de prelación.

Cuestión	Títulos pertinentes	Ref.	Modo en que se regula cada cuestión en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia
15. ¿Los nuevos créditos garantizados requerirán la aprobación de los acreedores garantizados ya existentes? (véase "Gravamen prioritario")			Recomendación 51: "La ley debería especificar que una garantía real sobre los bienes del deudor para asegurar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tendrá prioridad respecto de otra garantía real ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia obtenga el consentimiento del acreedor o acreedores garantizados beneficiarios de la garantía o siga el procedimiento enunciado en la recomendación 52." Recomendación 52: "... cuando el acreedor garantizado ya existente no dé su consentimiento, el tribunal podrá autorizar la constitución de una garantía real que goce de prelación sobre la garantía preexistente, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que: a) se dé al acreedor garantizado existente la oportunidad de ser oído por el tribunal; b) el deudor pueda probar que no le es posible obtener la financiación de otra manera; c) se protejan los intereses del acreedor garantizado existente, incluso mediante un valor residual suficiente del bien gravado, de manera que el acreedor ya garantizado no corra un riesgo irrazonable de sufrir perjuicios." Entre otras condiciones examinadas (párrafo 250) figura la de proteger a los acreedores de cualquier merma del valor económico de los bienes gravados.
16. ¿Gozarán únicamente de prelación privilegiada los acreedores garantizados que financien la adquisición de nuevos bienes mediante la retención de la titularidad o un préstamo garantizado?			Esta cuestión no se trata específicamente.
	Régimen aplicable a los contratos	II.E	En la guía se prevé en general que las cláusulas de extinción automática de los contratos no serán invocables frente al representante de la insolvencia ni frente al deudor (recomendación 56); y que el representante de la insolvencia podrá decidir que continúe cumpliéndose un contrato o rechazar un contrato en el que se prevean obligaciones que ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido todavía en su totalidad (recomendaciones 58 a 71).

Cuestión	Títulos pertinentes	Ref.	Modo en que se regula cada cuestión en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia
17. ¿Deberán aplicarse a las operaciones garantizadas las reglas generales que rigen la anulación de operaciones en un procedimiento de insolvencia?	Acciones de anulación	II.F	Recomendación 74): "a) cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de otra regla de derecho, en los procedimientos de insolvencia deberá reconocerse dicha eficacia o ejecutabilidad; y b) aun cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de alguna otra regla de derecho, podrá ser impugnable y anulable conforme al régimen de la insolvencia por los mismos motivos que otras operaciones" (véanse también los párrafos 322 a 324).
18. ¿Deberán estar sujetas a anulación las garantías reales constituidas o perfeccionadas durante un determinado período previo a la apertura del procedimiento?			En el párrafo 325 se señala que en virtud de algunos regímenes de la insolvencia las disposiciones sobre anulabilidad pueden ser también aplicables a las garantías reales no perfeccionadas con arreglo al régimen pertinente de las operaciones garantizadas o a toda garantía real perfeccionada poco tiempo antes de la apertura de un procedimiento. Esta cuestión no se trata en las recomendaciones.
19. ¿Qué duración tendrá el período de sospecha establecido para la anulación de una operación garantizada?			Recomendación 75: "El régimen de la insolvencia debería especificar que las operaciones descritas en la recomendación 73 a) a c) serán anulables si se han realizado durante cierto período (el período de sospecha) calculado retroactivamente a partir de una fecha especificada, que podrá ser la de la solicitud de un procedimiento de insolvencia o la de la apertura del procedimiento. La ley podrá fijar distintos períodos de sospecha en función de los tipos de operaciones de que se trate." No se ha formulado ninguna recomendación concreta sobre la duración del período de sospecha correspondiente a ese tipo de operaciones, aunque se examinan distintos criterios (véanse los párrafos 332 a 335) y se observa que cuando una operación se concierte con algún acreedor no catalogable como persona allegada, el período de sospecha podrá ser breve (de tres a seis meses).
	Derechos de compensación	II.G	No se hace ninguna referencia concreta a esta cuestión respecto de las operaciones garantizadas (véanse los párrafos 349 a 352 y la recomendación 85).
	Contratos financieros y compensación global por saldos netos	II.H	Recomendación 88: "Una vez clausurados los contratos financieros del deudor, se debe permitir que toda parte financiera haga efectivas sus garantías reales, destinando su producto a la satisfacción de las obligaciones dimanantes de los contratos financieros. Los contratos financieros deben quedar exentos de toda paralización impuesta por el régimen de la insolvencia a la ejecutabilidad de una garantía real."
20. ¿Los acreedores garantizados podrán participar en el procedimiento de insolvencia?	Acreedores - participación en el procedimiento de insolvencia	III.C	La recomendación 110 dispone que en el régimen de la insolvencia debería especificarse que los acreedores, estén o no amparados por una garantía, tendrán derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, e indicarse las funciones que, en el ejercicio de ese derecho, podrán tener que desempeñar.
21. ¿De qué forma podrían participar los acreedores garantizados en el procedimiento de insolvencia?			En las recomendaciones 110 a 120, que tratan de la participación de los acreedores, no se distingue entre acreedores garantizados y acreedores sin garantía. En los párrafos 444, 458 y 459 se señala que en algunos regímenes de la insolvencia se exige que los acreedores garantizados entreguen su garantía para poder participar en el procedimiento y votar como miembros del órgano general de los acreedores. Sin embargo, cuando sus garantías no cubran la totalidad de sus respectivos créditos, puede ser adecuado permitir que esos acreedores participen en el comité o que tengan derecho a votar en el órgano general de los acreedores en la medida en que sus créditos

Cuestión	Títulos pertinentes	Ref.	Modo en que se regula cada cuestión en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia
			no estén suficientemente amparados por una garantía. En los procedimientos de reorganización, los acreedores garantizados tendrán interés en negociar con el deudor y con otras partes, especialmente si sus derechos pueden verse modificados por un plan de reorganización, o si sus respectivos bienes gravados pueden ser cruciales para el éxito de la ejecución del plan. Por lo general, en los comités de acreedores están representados sólo los acreedores con créditos no garantizados. Si bien en algunos regímenes se permite la creación de otro comité integrado por acreedores garantizados, en otros se dispone que las dos categorías de acreedores estén representadas en el mismo comité. Otro enfoque puede consistir en no especificar en el régimen qué acreedores deben estar representados en un determinado caso, y permitir a los acreedores que elijan colectivamente a sus propios representantes entre los acreedores que estén dispuestos a participar en el comité.
22. ¿Cuándo podrán votar los acreedores garantizados?			La recomendación 111 dispone que el régimen de la insolvencia debería concretar las cuestiones sobre las que los acreedores deberán votar, y determinar los requisitos que deberán cumplir los acreedores para poder votar y otros requisitos para las votaciones. En particular, el régimen de la insolvencia debería exigir que los acreedores se pronunciaran sobre todo plan de reorganización propuesto, aprobándolo o rechazándolo. En el párrafo 474 se señala que en algunos regímenes se especifican las cuestiones que requieren a la vez el apoyo de los acreedores garantizados y el de los no garantizados; los acreedores garantizados sólo podrán votar cuando se trate de determinadas cuestiones, como la elección del representante de la insolvencia, y de cuestiones que afecten a sus respectivas garantías. Véase también lo relativo a la reorganización.
	Derecho de la parte interesada a ser oída	III.D	La recomendación 121 dispone que toda parte interesada debería tener derecho a ser oída (no se hace ninguna referencia concreta a los acreedores garantizados).
	Plan de reorganización	IV.A	La recomendación 128 dispone que el régimen de la insolvencia debería especificar los elementos mínimos de información que debería contener el plan, concretamente, "... los medios de ejecución del plan, que tal vez supongan ... v) [la modificación de las condiciones de los derechos reales, incluida] la prórroga de la fecha de vencimiento o una modificación del tipo de interés u otra condición; [vi) la posibilidad de seguir utilizando los bienes gravados;]..." (véanse también los párrafos 498 y 499).

Cuestión	Títulos pertinentes	Ref.	Modo en que se regula cada cuestión en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia
23. ¿De qué modo quedarán obligados por el plan de reorganización los acreedores garantizados que se opongan a su aprobación o que se abstengan en la votación?			En los párrafos 512 a 517 se examinan los criterios con los que se regula la aprobación del plan por los acreedores garantizados y por los que tengan prelación. En el párrafo 516 se examinan los distintos criterios en virtud de los cuales puedan quedar obligados por el plan de reorganización los miembros disconformes de una categoría de acreedores garantizados cuya mayoría vote a favor del plan y las salvaguardias que cabe prever en beneficio de los acreedores garantizados disconformes o las condiciones que deberán cumplirse para que esos acreedores queden obligados por el plan.
24. ¿Deberá establecerse un valor mínimo que el acreedor garantizado podrá cobrar en los procedimientos de reorganización?			En el párrafo 529 se examina si para la aprobación del plan debe requerirse o no la aprobación de todas las categorías de acreedores. En los párrafos 532 a 540 se examinan distintos mecanismos para lograr que los acreedores disconformes queden vinculados por el plan, en particular mediante el requisito de la confirmación judicial del plan previamente aprobado por la mayoría requerida de acreedores, con especificación de las condiciones que deberán cumplirse para tal confirmación.
25. ¿Debe requerirse que los acreedores garantizados se avengan a toda modificación de derechos?			Respecto de las abstenciones, en el párrafo 510 se observa que el régimen de la insolvencia debe prever también el modo en que se tratará a los acreedores que se abstengan o que no participen en la votación. Se señala en particular que en algunos regímenes se considera que los votantes que se abstienen o que no participan en la votación se han pronunciado en contra de la aprobación del plan, mientras que en otros, a efectos de determinar si existe la mayoría requerida para la aprobación, se tienen en cuenta únicamente a los acreedores que realmente han votado. Si bien las recomendaciones no se refieren específicamente a la aprobación por parte de los acreedores garantizados, se señala que, cuando la votación se realice por categorías de acreedores, el régimen de la insolvencia debe determinar (recomendación 133) qué efectos tendrán los resultados de la votación de cada categoría a efectos de la aprobación del plan y, cuando no se requiera la aprobación de todas las categorías de acreedores (recomendación 134), debería regularse el trato que habrá que dar a las categorías que no hayan votado a favor de un plan aprobado por las categorías requeridas o por la mayoría requerida de categorías de acreedores.

Cuestión	Títulos pertinentes	Ref.	Modo en que se regula cada cuestión en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia
			La recomendación 136 dispone que el plan debería ser vinculante para el deudor, para los acreedores y para otras partes interesadas cuando resulte aprobado por la mayoría requerida de acreedores o cuando, además, sea confirmado por el tribunal. Recomendación 137: "[La ley podrá disponer que si los acreedores garantizados no apoyan el plan y si los bienes gravados son necesarios para la reorganización, el tribunal podrá ordenar que dichos bienes sigan utilizándose en el procedimiento de reorganización, a reserva de las salvaguardias necesarias para proteger los intereses de los acreedores garantizados.]" Cuando la ley exija la confirmación judicial de un plan que haya sido aprobado por las categorías requeridas de acreedores o por la mayoría requerida de categorías de acreedores, en la recomendación 138 se establecen los supuestos en que el tribunal podrá confirmar el plan, concretamente "c) cuando los acreedores vayan a percibir una suma equivalente o superior a la que habrían cobrado en caso de liquidación, a menos que hayan convenido expresamente en percibir una suma inferior; y f) cuando el trato que vaya a darse a los créditos con arreglo al plan se ajuste al orden de prelación de los créditos previsto en el régimen de la insolvencia, excepto si los acreedores afectados han convenido en modificar ese orden".
26. ¿Los acreedores garantizados podrán votar sobre un plan de reorganización?			En los párrafos 510 y 512 a 514 se señala que el derecho de voto de los acreedores garantizados dependerá del modo en que el régimen de la insolvencia trate a dichos acreedores, de si un plan de reorganización puede afectar poco o mucho a la garantía real de un acreedor y del grado en que el crédito de un acreedor garantizado esté cubierto por el valor de los bienes gravados. Se observa que, cuando el régimen de la insolvencia no afecte a los acreedores garantizados, esos acreedores no necesitan votar ni salvaguardias, pero que es improbable que la reorganización prospere. Un acreedor garantizado podrá votar únicamente cuando una parte de su crédito no esté garantizada. En el párrafo 515 se enumeran distintos criterios de votación; por ejemplo, cabe disponer que la votación se haga por categorías de acreedores cuando el plan pueda perjudicar los créditos garantizados, o que cada acreedor garantizado constituya individualmente una categoría, ya que en muchos casos los acreedores garantizados no tienen los mismos derechos.

Cuestión	Títulos pertinentes	Ref.	Modo en que se regula cada cuestión en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia
			En los párrafos 515 y 529 se precisa que cuando los acreedores garantizados votan, la mayoría requerida de una clase de acreedores garantizados suele ser la misma que se exige a los acreedores no garantizados para la aprobación, aunque hay ejemplos de regímenes que requieren mayorías diferentes según el modo en que el plan afecte a los derechos de los acreedores garantizados y según si se requiere la aprobación de éstos.
27. ¿Qué ocurrirá si el plan no se aprueba?			En la guía se examina la eventual modificación del plan propuesto (párrafo 530) y la conversión de la reorganización en procedimiento de liquidación (párrafo 531); en la recomendación 145 se prevé que el tribunal pueda convertir la reorganización en procedimiento de liquidación cuando, entre otros supuestos, "c) … no se apruebe un plan propuesto …".
28. ¿Podrá impugnarse el plan una vez aprobado?			En la recomendación 138 se enumeran los supuestos en que el tribunal podrá confirmar un plan aprobado (cuando la ley exija su confirmación judicial); la recomendación 139 se refiere a la impugnación de un plan cuando no se requiera su confirmación judicial; la recomendación 140 prevé la impugnación de un plan confirmado cuando haya habido fraude. En el párrafo 535 se analizan los motivos de impugnación previstos en distintos regímenes de la insolvencia, como el hecho de que el plan no sea viable (por ejemplo, cuando para poder ejecutarlo con éxito sea preciso contar con bienes gravados, pero los acreedores garantizados no estén vinculados por el plan y no se haya llegado a ningún acuerdo con los acreedores garantizados pertinentes sobre la ejecución de sus derechos reales de garantía).
29. Cuando la reorganización se convierta en procedimiento de liquidación ¿seguirá afectando la paralización a los derechos de los acreedores garantizados?			En el párrafo 550 se observa que en un régimen de la insolvencia debería tratarse esta cuestión.
	Procedimiento de reorganización agilizado	IV.B	Inclusión de las deudas garantizadas: en el párrafo 559 se indica que en las negociaciones voluntarias de reestructuración podrían tratarse las deudas garantizadas con el consentimiento de los acreedores garantizados.

Cuestión	Títulos pertinentes	Ref.	Modo en que se regula cada cuestión en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia
30. ¿Los acreedores garantizados deberán presentar sus créditos? ¿Qué consecuencias entrañará su presentación?	Régimen aplicable a los créditos de los acreedores	V.A	Recomendación 156: "El régimen de la insolvencia debería especificar si los acreedores garantizados deberán presentar sus créditos" (en la nota 104 de pie de página, correspondiente a la recomendación 156, se dice que en algunos regímenes se considera que todo acreedor garantizado que presente su crédito renuncia con ello a su garantía o a algunos de los privilegios del crédito, mientras que en otros el hecho de no presentar el crédito surte el mismo efecto). Véanse también los párrafos 567 a 569 y 587. En los párrafos 586 a 589 se examinan distintos criterios para regular las consecuencias de no presentar un crédito; en la recomendación 159 se dice que en un régimen de la insolvencia deberían especificarse las consecuencias que entrañará el hecho de no presentar un crédito. Notificación del requisito de presentación de los créditos: en el párrafo 570 se sugiere que, cuando el procedimiento de presentación de créditos puede afectar a los derechos de un acreedor garantizado, la notificación de apertura del procedimiento debe contener información sobre el requisito de presentación de los créditos garantizados o sobre las consecuencias de que no se presenten (véase la recomendación 19). En la recomendación 154 se aboga por que se exija a los acreedores que presenten sus créditos y detallen su fundamento y su cuantía; la recomendación 161 trata de la prueba de los créditos.
31. ¿Qué ocurrirá si el valor del bien gravado es inferior al importe del crédito garantizado?			Recomendación 167: "[El régimen de la insolvencia debería disponer que el representante de la insolvencia podrá determinar, mediante una valoración del bien gravado, la parte del crédito de un acreedor garantizado que está respaldada por la garantía y la que no lo está.]" (véase también la cuestión 9 *supra*). En los párrafos 567 a 569 se examinan distintas soluciones, como la de requerir que el acreedor garantizado reclame a la masa el valor de la parte no garantizada de su crédito, como si fuera un acreedor ordinario sin garantía. El importe de esa reclamación depende, pues, del valor del bien gravado, del momento en que se determine ese valor y del método empleado para la valoración. Otra solución consiste en exigir al titular de un crédito garantizado que reclame el importe total de su garantía real, independientemente de que la garantía no cubra íntegramente el importe del crédito. En algunos ordenamientos jurídicos este requisito se aplica únicamente a los tenedores de determinados tipos de garantías reales, como, por ejemplo, los gravámenes flotantes, las compraventas con garantía o las prendas sobre un bien.

Cuestión	Títulos pertinentes	Ref.	Modo en que se regula cada cuestión en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia
32. ¿El grado máximo de prelación de que gozan los derechos de los acreedores garantizados podrá verse afectado por la prioridad que deba darse a ciertos créditos en virtud de la ley?	Prioridades y distribución [del producto de la liquidación]	V.B	En los párrafos 624 a 626 se examina la clasificación de los créditos y se señala que en muchos regímenes se reconoce el derecho de los acreedores garantizados a gozar de máxima prelación para la satisfacción de sus créditos, bien sea con cargo al producto de la venta de determinados bienes gravados o con cargo a fondos generales. Sin embargo, en el párrafo 625 se puntualiza que en algunos regímenes de la insolvencia no se les concede ese grado máximo de prelación, y se examinan otros criterios seguidos, como el de que el pago de los créditos garantizados tenga un menor grado de prelación que el pago de los gastos de administración de la masa y de otros créditos, o el de que se limite el monto que pueden cobrar (prioritariamente) los acreedores garantizados, con cargo a los bienes gravados que amparan sus créditos, a un determinado porcentaje de dichos créditos En el párrafo 626 se señala que otra excepción a la regla de la máxima prioridad también consiste en dar prelación al reembolso de los créditos otorgados después de la apertura. En tal caso, al obtenerse esos créditos, deben estar claras las repercusiones que tendrá, para los acreedores garantizados, la prioridad dada al reembolso de dichos créditos, en especial porque estos acreedores pueden haber aprobado los créditos posteriores a la apertura (véanse también las cuestiones 14 a 16 *supra*). Se señala, además, que la aplicación de esos criterios puede crear incertidumbre jurídica entre los acreedores garantizados acerca de si podrán o no cobrar sus créditos; en la guía se subraya la conveniencia de limitar al máximo tales excepciones. Recomendación 173: “La ley debería especificar que los créditos garantizados deberán reembolsarse con cargo a los bienes dados en garantía, en una liquidación, o con arreglo a lo dispuesto en un plan de reorganización, subordinándolos a los créditos que tengan eventualmente mayor prelación. El régimen de la insolvencia debería reducir al mínimo y enunciar claramente los créditos que tengan un mayor grado de prelación que los créditos garantizados. Cuando el valor de la garantía sea insuficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, éste podrá participar en el procedimiento como si fuera un acreedor ordinario sin garantía” (véanse también las recomendaciones 172 y 174).
33. ¿Deberá reservarse por ley un porcentaje del valor de los bienes gravados para distribuirlo entre otros acreedores?			En el párrafo 625 (véase la cuestión 32 *supra*) se señala también que, en algunos regímenes en que se reserva un determinado porcentaje para el pago de los créditos de acreedores con menor grado de prelación, se hace una distinción entre las garantías reales constituidas sobre casi todos los bienes de una entidad comercial (a veces denominadas hipotecas de empresa o gravámenes flotantes) y otros tipos de garantías reales.
34. ¿Qué régimen se aplicará a los acuerdos de subordinación en un procedimiento de insolvencia?			En los párrafos 617 a 623 se examinan distintos tipos de subordinación; en la recomendación 174 se clasifican los créditos, incluidos los créditos diferidos o subordinados. En la guía no se hace ningún análisis comparativo de los regímenes aplicables a los acuerdos de subordinación en un procedimiento de insolvencia ni se formulan recomendaciones al respecto.

Cuestión	Títulos pertinentes	Ref.	Modo en que se regula cada cuestión en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia
35. ¿Los acreedores garantizados deberán contribuir a sufragar los gastos administrativos de un procedimiento de insolvencia?			En el párrafo 626 se observa que puede exigirse al acreedor garantizado que contribuya al pago de los gastos directamente relacionados con sus derechos, como los gastos administrativos que hayan tenido que realizarse para conservar el bien gravado en buen estado. Si el representante de la insolvencia ha destinado recursos a la conservación del valor del bien gravado, tal vez sea razonable restar esos gastos administrativos del importe de la venta del bien que el acreedor garantizado tenga derecho a cobrar prioritariamente.
	Régimen aplicable a los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia	V.C	En el párrafo 651 se señala que, en los regímenes de la insolvencia que prevén la consolidación de deudas, los derechos de los acreedores garantizados no se ven afectados, salvo tal vez los de los titulares de garantías reales internas (cuando el acreedor garantizado es una empresa del grupo).
	Derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia	V.D	Véase A/CN.9/WG.V/WP.72. La recomendación 179 dispone que en un régimen de la insolvencia deben reconocerse los derechos, títulos y créditos que nazcan en virtud de normas generales de derecho, salvo que se hayan establecido expresamente ciertas limitaciones; en la recomendación 180 se señala que la ley aplicable a la validez y eficacia de todo derecho, título o crédito exigible en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia debe determinarse con arreglo a las normas de derecho internacional privado del Estado en el que se entable el procedimiento. En la recomendación 181 se prevé que la ley del Estado en que se entable el procedimiento de insolvencia debe regir todos los aspectos de la sustanciación, administración y conclusión de ese procedimiento y sus efectos. En las recomendaciones 182 a 184 se enumeran las excepciones a la aplicación del régimen de la insolvencia: las consecuencias que tenga un procedimiento de insolvencia para los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago o liquidación o en un mercado financiero regulado deberían regirse por la ley aplicable a ese sistema o mercado; el rechazo, el mantenimiento y la modificación de los contratos de trabajo y las relaciones laborales podrán regirse por la ley aplicable al contrato; además, en el régimen de la insolvencia deberían limitarse y enunciarse claramente las excepciones suplementarias.
36. Régimen aplicable a los acuerdos de retención de la titularidad en un procedimiento de insolvencia	Acuerdos de retención de la titularidad		La guía no se refiere específicamente al régimen aplicable a los acuerdos de retención de la titularidad en un procedimiento de insolvencia, salvo cuando la cuestión reviste interés en el marco de las garantías reales, el régimen aplicable a los bienes propiedad de terceros y la normativa aplicable a los contratos (véanse en general los párrafos 162 a 164, 236 y 237, y el capítulo II.E. (Régimen aplicable a los contratos)). En los párrafos 162 y 163 se indica que en algunos ordenamientos se permite que los bienes sobre los que un acreedor mantenga la titularidad o la propiedad se separen de la masa y que, en algunos ordenamientos, la separación del bien de la masa puede estar sujeta a lo que disponga el régimen de la insolvencia sobre el tratamiento de los contratos. Se

Cuestión	Títulos pertinentes	Ref.	Modo en que se regula cada cuestión en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia
			señala que en general formará parte de la masa cualquier derecho que tenga el deudor sobre dichos bienes (véase la cuestión 1). Se observa, además, que los bienes propiedad de terceros pueden ser indispensables para la reorganización de la empresa o para su venta en caso de liquidación y que, en tales casos, sería ventajoso que el régimen de la insolvencia previera algún mecanismo para que dichos bienes pudieran seguir a disposición de la masa de la insolvencia, salvaguardando, no obstante, los intereses del tercero que sea el propietario de los bienes y su derecho a impugnar la retención de dichos bienes. En el párrafo 236 se señala también que los bienes propiedad de terceros pueden ser necesarios en la reorganización de la empresa y en su venta en caso de liquidación, y que en los regímenes de la insolvencia esa cuestión suele regularse en el contexto de la constitución de la masa o de la normativa aplicable a los contratos y se restringe la resolución del contrato o se impide que el propietario los reclame durante cierto tiempo. En el párrafo 237 se examina la necesidad de proteger los derechos del propietario de los bienes frente a toda pérdida de valor de éstos. En el capítulo relativo al régimen aplicable a los contratos no se hace ninguna referencia concreta a los acuerdos de retención de la titularidad.
37. ¿Los acuerdos de retención de la titularidad deberán quedar sujetos a la paralización?			Se pretende que la paralización sea aplicable o bien porque i) el acuerdo de retención de la titularidad se equipara a una garantía real y, conforme a la recomendación 34 b), "se paralizará la ejecución de garantías reales", a reserva de las exenciones normales del caso (véase la recomendación 38); o bien porque ii) el acuerdo de retención de la titularidad se considera un contrato en virtud del cual ambas partes deben cumplir obligaciones y, por consiguiente, se aplicará el apartado a) de la recomendación 34 (se paralizará el inicio o la continuación de acciones que afecten a los derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor) o el apartado d) de la misma recomendación (se suspenderá el derecho a poner fin a un contrato). *No obstante, respecto del punto ii), el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si, en la forma en que está enunciada, la recomendación 34 llega a abarcar la imposición de una prohibición de recuperar todo bien en poder del deudor, ocupado por él o en su posesión, o de intervenir al respecto, que no equivalga a una extinción del contrato en los términos previstos en la recomendación 34 d) ni a una de las acciones descritas en la recomendación 4 a).*
38. ¿Qué facultades tendrá el representante de la insolvencia para utilizar o vender bienes sujetos a acuerdos de retención de la titularidad?			Si se considera que la retención de la titularidad es un derecho real de garantía, el representante de la insolvencia tendrá las mismas facultades que respecto de los bienes gravados: recomendaciones 40, 43 y 44. Si se considera que la retención de la titularidad es un contrato en virtud del cual ambas partes deben cumplir obligaciones, el representante de la insolvencia podrá seguir el procedimiento que rige el mantenimiento de un contrato: recomendaciones 58 a 71.

Cuestión	Títulos pertinentes	Ref.	Modo en que se regula cada cuestión en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia
39. ¿En qué circunstancias quien goce de un derecho de retención de la titularidad quedará obligado por un plan de reorganización?			Si se considera que es un derecho real de garantía, quien goce de un derecho de retención de la titularidad quedará obligado del mismo modo que un acreedor garantizado: recomendación 137. Si se considera un contrato en virtud del cual ambas partes deben cumplir obligaciones, el resultado dependerá del régimen aplicable al contrato.
40. ¿Cómo se tratan las ventas condicionales en los regímenes de la insolvencia?			Esta cuestión no se aborda específicamente en la guía.
41. ¿Cómo se tratan los acuerdos de arrendamiento financiero en los regímenes de la insolvencia?			Esta cuestión no se examina específicamente en la guía; no obstante, véase el párrafo 163.
42. ¿La “plusvalía” formará parte de la masa de la insolvencia?			Esta cuestión no se examina específicamente en la guía.
43. ¿La paralización se aplicará a los arrendadores de bienes que estén en posesión del deudor o bajo su control?			Véanse el capítulo II. B (Alcance de la paralización) de la guía legislativa sobre la insolvencia, el análisis de la cuestión del uso de los bienes propiedad de terceros (párrafos 236 y 237) y la nota dirigida a los Grupos de Trabajo en relación con la cuestión 37.

———————————

G. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 30º período de sesiones

(A/CN.9/WG.V/WP.72) [Original: inglés]

Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia

1. En su 29º período de sesiones, celebrado en septiembre de 2003, el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) examinó la cuestión del régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia sobre la base del documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17. Se pidió a la Secretaría que en la revisión del texto de las recomendaciones sobre el régimen aplicable recogiera las opiniones expresadas en el debate y formulara un comentario para que el Grupo de Trabajo lo examinara en su período de sesiones siguiente. Se pidió asimismo a la Secretaría que consultara con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

2. En la presente nota se somete a la consideración del Grupo de Trabajo un proyecto de comentario sobre el régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia y un conjunto de recomendaciones revisadas elaboradas en consulta con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Este material tiene por objeto sustituir la actual sección D que figura después del párrafo 652 del documento A/CN.9/WG.V/WP.70, Part II (se deberá volver a numerar correlativamente el comentario y las recomendaciones de ese documento).

3. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la ubicación de la recomendación 179 revisada de la Guía, habida cuenta de que no trata de cuestiones relativas al régimen aplicable (véase también la recomendación 74 a) en el capítulo II.F, sobre la anulación).

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

V. Administración del procedimiento

D. Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia

1. Introducción

652a. Cuando el procedimiento de insolvencia afecta a partes o bienes situados en diferentes Estados pueden surgir cuestiones complejas en cuanto a la legislación que se aplicará a las cuestiones de la validez y eficacia de los derechos sobre esos bienes o de otros créditos; y en cuanto al tratamiento de esos bienes y de los derechos y créditos de las partes extranjeras en el procedimiento de insolvencia. En esos casos, el Estado del foro aplicará normalmente sus normas de derecho internacional privado (o reglas sobre conflictos de leyes) para determinar qué régimen se aplica a

la validez y eficacia de un derecho o crédito y a su tratamiento en el procedimiento de insolvencia. En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (capítulo VII) no figuran reglas armonizadas sobre conflictos de leyes para su adopción por los Estados promulgantes, lo que hace que esos asuntos se rijan por las normas y prácticas establecidas. Si bien el procedimiento de insolvencia puede regirse normalmente por la legislación del Estado en el que se abre (la *lex fori concursus*), muchos Estados han adoptado excepciones a la aplicación de esa legislación, que varían en cuanto a su número y alcance. Esta diversidad de número y alcance de las excepciones puede crear incertidumbre e imprevisibilidad a las partes afectadas por un procedimiento de insolvencia transfronteriza. Al abordar concretamente, y de manera transparente y previsible, las cuestiones del derecho aplicable, un régimen de la insolvencia puede aportar seguridad jurídica respecto de los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y créditos de las partes afectadas por ese procedimiento.

2. Régimen aplicable a la creación de derechos, títulos y créditos

652b. En un entorno exclusivamente nacional, el régimen de la insolvencia no "crea" derechos (personales o reales) o créditos, pero debería respetar los derechos y créditos que se han adquirido frente al deudor conforme a otra legislación aplicable, ya sea de derecho civil, mercantil o público. El régimen de la insolvencia se ocupa de determinar la posición relativa de cada uno de esos derechos y créditos una vez abierto el procedimiento de insolvencia y, cuando corresponda, de fijar las restricciones y modificaciones de las que serán objeto en el procedimiento para cumplir todos los objetivos de éste. Tales limitaciones y restricciones son "efectos de la insolvencia" porque nacen de la apertura del procedimiento de insolvencia contra un deudor.

652c. En el caso de la insolvencia transfronteriza, es fundamental distinguir entre la creación de derechos y créditos con arreglo a la legislación que se designe como régimen aplicable (ya sea el derecho interno o el derecho sustantivo extranjero), de conformidad con las reglas sobre conflictos de leyes del foro, y los efectos de la insolvencia sobre esos derechos y créditos. Habida cuenta de que, como ya se señaló, el régimen de la insolvencia no establece derechos o créditos, la cuestión de establecer si se ha creado determinado derecho o crédito, así como el contenido de éste, pertenece al ámbito de las reglas generales sobre conflictos de leyes. Por ejemplo, es normal, según esas reglas, que la legislación que regula el contrato determine la existencia de una reclamación contractual contra el deudor insolvente y el monto de la misma; que la *lex rei sitae* determine si se ha creado una garantía real sobre bienes inmuebles en favor de un acreedor específico, etc. En esta esfera, cada Estado aplicará sus reglas sobre conflictos de leyes, incluidas las convenciones internacionales vigentes. En el caso de un procedimiento de insolvencia, el Estado del foro aplicará normalmente sus reglas sobre conflictos de leyes para determinar la legislación que regirá la validez y eficacia de un derecho o crédito antes de examinar el tratamiento del derecho o crédito en el procedimiento de insolvencia. Es importante subrayar que el hecho de determinar la validez y la eficacia no es una cuestión de insolvencia, sino un asunto de régimen aplicable.

3. Régimen aplicable a los efectos de la insolvencia - *lex fori concursus*

652d. Una vez establecido que un derecho o crédito es válido y eficaz según el derecho designado como aplicable por las reglas sobre conflictos de leyes del foro, una segunda cuestión es saber qué efecto tiene el procedimiento de insolvencia en el derecho o crédito, es decir, si se va a reconocer y admitir en el procedimiento de insolvencia y, en caso afirmativo, definir su posición relativa. Se trata de un asunto de insolvencia. Desde el punto de vista del conflicto de leyes, el problema en esta segunda fase consiste en determinar el régimen aplicable a esos efectos de la insolvencia. Es perfectamente normal que el derecho del Estado en el que se abre el procedimiento de insolvencia, la *lex fori concursus*, rija la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión de ese procedimiento. Esto abarcaría, en general, por ejemplo, la determinación de los deudores que pueden ser objeto del régimen de la insolvencia; las partes que pueden solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia y las condiciones de admisibilidad que hay que reunir; los efectos de la apertura, con inclusión del alcance de la paralización; la organización de la administración de la masa; las facultades y funciones de los participantes; las normas sobre la admisibilidad de los créditos; la prioridad y orden de prelación de los créditos; y las normas sobre la distribución. En consecuencia, este régimen regirá por lo general los efectos de la insolvencia sobre los derechos y créditos válidamente adquiridos con arreglo a la legislación extranjera, por ejemplo, si el derecho o crédito, dada su naturaleza y condiciones, es admisible en la situación de insolvencia del deudor y de qué manera será clasificado.

652e. Pueden surgir problemas cuando el derecho que rige la prelación de un crédito es diferente del derecho aplicable distinto del régimen de insolvencia que rige el crédito. Las categorías de los privilegios y prioridades que existen y la prelación de los créditos se establecen siempre por la *lex fori concursus*. Normalmente, al establecer esas categorías y la prelación, el régimen de la insolvencia del Estado tiene en cuenta la existencia de esos créditos con arreglo al derecho interno del Estado. Sin embargo, el crédito de un acreedor puede estar constituido conforme a un derecho extranjero. En ese caso, es necesario determinar qué créditos creados en virtud del derecho extranjero pueden considerarse equivalentes a los creados según el derecho interno del país, que confiere determinados privilegios o prioridades. En otras palabras, hay que examinar si el tipo de crédito creado según el derecho extranjero es "equivalente" al tipo de derecho al que la *lex fori concursus* confiere una condición especial en el procedimiento de insolvencia. El criterio que hay que aplicar es si ambos créditos, dado su contenido esencial y su función, se corresponden o no hasta el punto de poder considerarse "funcionalmente intercambiables". Si la respuesta es afirmativa, los créditos deberán considerarse equivalentes y recibir el mismo tratamiento en el procedimiento de insolvencia. Si esa equivalencia no puede establecerse, el crédito se tratará en general como un crédito ordinario.

4. Régimen aplicable a los efectos de la insolvencia - excepciones a la *lex fori concursus*

652f. Para determinar los efectos de la insolvencia sobre los derechos y créditos válidos y efectivos, algunos regímenes adoptan excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus*. La finalidad de la excepción no es cambiar el derecho aplicable a la cuestión de la validez y la fuerza ejecutoria (que sigue rigiéndose por las reglas

generales sobre conflictos de leyes del foro), sino cambiar el régimen aplicable a los efectos de la insolvencia. En lugar de aplicar la *lex fori concursus*, los efectos de la insolvencia pueden regularse, por ejemplo, por el mismo régimen aplicable a la cuestión de la validez y la eficacia. Por ejemplo, los efectos de la insolvencia sobre un derecho a compensación pueden determinarse no sólo por la *lex fori concursus,* sino por el régimen aplicable a los derechos de compensación. Otros ejemplos de excepciones a la aplicación del derecho del foro, adoptados por diferentes regímenes de la insolvencia, se refieren al derecho aplicable a los sistemas de pago, los contratos de trabajo, las disposiciones sobre la anulación y los derechos reales.

a) Sistemas de pago y liquidación y mercados financieros regulados

652g. Las excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus* responden en general a determinadas consideraciones de política social. Algunas leyes se centran, por ejemplo, en apoyar la seguridad comercial y reducir el riesgo de las partes que realizan operaciones mercantiles. Las partes en una operación definen sus relaciones teniendo en cuenta un entorno jurídico específico, lo cual abarca examinar en qué medida sus derechos estarán protegidos en caso de insolvencia del deudor, que es el riesgo más clásico que corre todo acreedor. La aplicación del régimen con arreglo al cual se creó el derecho o el crédito en cuestión puede ser en general más fácil de entender para el acreedor, más previsible en cuanto a los efectos de la insolvencia y más difícilmente manipulable por el deudor ex-post que la aplicación del derecho correspondiente al centro de los principales intereses o domicilio del deudor. Sobre esa base, puede afirmarse que determinadas circunstancias sería razonable permitir y proteger la decisión de las partes de someterse a la legislación en virtud de la cual se creó el derecho o el crédito. Un ejemplo claro es el de los sistemas de pago o liquidación y los mercados financieros regulados, que, según numerosos regímenes de la insolvencia, requieren una excepción a la aplicación de la *lex fori concursus*. Si se adopta el régimen aplicable al sistema o al mercado regulado, puede evitarse la modificación de los mecanismos de pago y liquidación en caso de insolvencia de un participante, con lo cual se protege la seguridad jurídica y la confianza generales en el sistema o en el mercado y se evitan los riesgos sistémicos.

b) Contratos de trabajo

652h. Algunos regímenes adoptan excepciones para conservar determinados derechos e intereses, especialmente protegidos por la legislación del Estado contra las incertidumbres o incoherencias que pueda ocasionar la aplicación de los efectos de la insolvencia de una *lex fori concursus* extranjera. Por ejemplo, en lo que respecta a los contratos de trabajo, pueden preverse salvaguardias especiales (a menudo obligatorias) en la forma de una red de protección financiera para los trabajadores, o restricciones al rechazo o modificación de esos contratos en caso de insolvencia. El fundamento de tales disposiciones reside en la protección de las expectativas razonables de los empleados respecto de su contrato de empleo, en el reconocimiento de que los trabajadores pueden hallarse en una situación para negociar relativamente más frágil que sus empleadores y en la seguridad de que no va a haber discriminación entre los trabajadores que están sujetos a un mismo ordenamiento jurídico, independientemente de que su empleador sea del país o extranjero.

c) Garantías reales

652i. Algunos regímenes de la insolvencia también adoptan ese criterio respecto de las garantías reales. Esta solución significa que la legislación que rige un derecho real determinaría no sólo su creación y validez general, sino también su eficacia en caso de un procedimiento de insolvencia. En otras palabras, la situación de la garantía real en un procedimiento de insolvencia abierto en el extranjero no se establecerá por la *lex fori concursus*, sino por el régimen de la insolvencia de la legislación aplicable a la garantía real. La aplicación de la *lex fori concursus*, de lo contrario, podría afectar al marco jurídico de la concesión de préstamos garantizados, introduciendo un factor de inestabilidad que puede aumentar el costo de financiación interno. Si el procedimiento extranjero afecta a las garantías reales locales, el valor de esas garantías puede resultar gravemente mermado. Asimismo, una transferencia del centro de los principales intereses del deudor a un Estado diferente puede provocar un cambio radical en la situación de la parte garantizada. Como se señaló antes, los derechos de compensación también pueden ser objeto de una legislación distinta de la del foro por motivos relacionados con las expectativas de las partes, especialmente si hacen negocios entre sí con regularidad.

d) Disposiciones sobre la anulación

652j. El fundamento para apoyar la seguridad jurídica y reducir el riesgo puede también aplicarse a la puesta en práctica de las disposiciones sobre la anulación. Numerosos regímenes de la insolvencia estipulan que la legislación que rige la anulación de operaciones deberá ser la *lex fori concursus*, incluso en los casos en que, según las reglas generales sobre conflictos de leyes del foro, las operaciones que se fueran a anular estuvieran reguladas por el derecho extranjero. Otros regímenes consideran que la legislación que rige la operación rige también las acciones de anulación relativas a la operación. La política en que se basan estas excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus* protege a la otra parte y su decisión de someterse a la ley que rige la operación. Tal criterio puede ofrecer a la otra parte cierto grado de seguridad jurídica y previsibilidad, en el sentido de que sus operaciones con el deudor no se verán afectadas posteriormente en un procedimiento de insolvencia, y podrá ayudar a reducir el costo del crédito y de las operaciones comerciales al disminuir el riesgo de anulación (que puede ser fundamental en el caso de operaciones que se realicen en un sistema de pago o liquidación).

652k. En algunos regímenes que tienen en cuenta el derecho que rige las operaciones en lo que respecta a las acciones de anulación se adopta un criterio que combina la *lex fori concursus* y el régimen que rige la operación de varias maneras. Según un criterio, una operación no será objeto de anulación en caso de insolvencia a menos que sea anulable con arreglo a la legislación del Estado en el que se abrió el procedimiento de insolvencia y también a la legislación que rige la operación. Un segundo criterio establece que una operación es anulable si la anulación puede llevarse a cabo ya sea a tenor de la legislación del foro o de la que rige la operación. Un régimen, por ejemplo, establece que la legislación del foro se aplicará a la anulación, pero admite la aplicación de una legislación diferente cuando ésta es más rigurosa que la del foro y da lugar a la anulación de una mayor variedad de operaciones.

5. Logro de un equilibrio entre la conveniencia de las excepciones y los objetivos del régimen de la insolvencia

6521. Es fundamental que las consideraciones normativas que constituyen la base de una excepción a la aplicación de la *lex fori concursus* tengan en cuenta otras consideraciones que son centrales en los procedimientos de insolvencia, en particular, los objetivos de obtener el máximo valor posible de la masa de la insolvencia en beneficio de todos los acreedores, y no sólo de algunos, y de tratar por igual a todos los acreedores que se hallen en una situación similar. La ley del foro se diseñará en apoyo de los objetivos específicos del régimen de la insolvencia en ese Estado y ofrecerá seguridad jurídica al representante de la insolvencia en el desempeño de muchas de sus funciones respecto del procedimiento, como son la anulación de operaciones, el tratamiento de los contratos, el tratamiento de los créditos, etc. Su aplicación al procedimiento de insolvencia puede evitar litigios potencialmente costosos y prolongados para determinar cuestiones del derecho aplicable respecto de los efectos de la insolvencia y la validez y eficacia de los derechos o créditos, habida cuenta de los efectos de la insolvencia previstos en la ley del foro. Así pues, en muchas circunstancias, la aplicación de la *lex fori concursus* para los efectos de la insolvencia puede reducir los costos y las demoras y, por consiguiente, lograr que se obtenga el máximo valor de la masa de la insolvencia en beneficio de todos los acreedores. Además, la aplicación de una excepción a la *lex fori concursus* para los efectos de la insolvencia puede dar lugar a un tratamiento distinto de tales efectos en acreedores que se hallan en situación similar, solamente porque sus derechos y créditos se rigen por un régimen diferente. Puede aducirse, por ejemplo, que las reglas del foro en materia de compensación deberían aplicarse a los créditos sobre la base de que, en caso de insolvencia, los derechos de compensación están estrechamente relacionados con la prueba y cuantificación de los créditos y las políticas que rigen el tratamiento por igual de los acreedores. Habida cuenta de que éstas son cuestiones que están reguladas por la legislación del foro, los derechos de compensación deberían estar regulados de manera análoga.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas al derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia tienen por objeto:

a) Facilitar el comercio reconociendo, en el procedimiento de insolvencia, los derechos y créditos nacidos antes de la apertura del procedimiento y el régimen que se aplicará a la validez y eficacia de esos derechos y créditos;

b) Establecer el régimen aplicable al procedimiento de insolvencia y las eventuales excepciones a la aplicación de ese régimen.

Contenido de las disposiciones legales

Reconocimiento de los derechos y créditos nacidos antes de la apertura

179) El régimen de la insolvencia debería reconocer los derechos y créditos nacidos con arreglo a la legislación general, con sujeción a los límites expresamente mencionados en el régimen de la insolvencia.

Régimen aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos

180) El régimen aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia deberá ser establecido por las normas de derecho internacional privado del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia.

Régimen aplicable al procedimiento de insolvencia

181) El régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) deberá aplicarse a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión de dicho procedimiento y sus efectos. Entre ellos cabe citar los siguientes:

a) La determinación de los deudores que pueden quedar sujetos a un procedimiento de insolvencia;

b) La determinación del momento en que se puede abrir el procedimiento de insolvencia y el tipo de procedimiento que se puede abrir, la parte que puede pedir la apertura del procedimiento, y si los criterios de apertura del procedimiento deben ser diferentes según la parte que la solicite;

c) La constitución y magnitud de la masa de la insolvencia;

d) La protección y conservación de la masa de la insolvencia;

e) La utilización o enajenación de los bienes;

f) La propuesta, la aprobación, la confirmación y la ejecución de un plan de reorganización;

g) La anulación de determinadas operaciones;

h) El tratamiento de los contratos;

i) La compensación;

j) El tratamiento de los acreedores garantizados;

k) Los derechos y obligaciones del deudor;

l) Las obligaciones y funciones del representante de la insolvencia;

m) Las funciones de los acreedores y del comité de acreedores;

n) El tratamiento de los créditos;

o) La clasificación de los créditos;

p) Las costas y los gastos relativos al procedimiento de insolvencia;

q) La distribución del producto;

r) La conclusión del procedimiento; y

s) La exoneración.

Excepciones a la aplicación del régimen del procedimiento de insolvencia

182) No obstante lo dispuesto en la recomendación 179, los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago o liquidación o en un mercado financiero regulado se regirán exclusivamente por el régimen aplicable a ese sistema o mercado.

183) No obstante lo dispuesto en la recomendación 179, los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el rechazo, la continuación o la modificación de los contratos de trabajo podrán estar regulados por el régimen aplicable al contrato.

184) Si, además de las recomendaciones 182 y 183, se añadieran nuevas excepciones, su número deberá ser limitado y su contenido habrá de exponerse o señalarse claramente en el régimen de la insolvencia.

H. Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su segundo período de sesiones conjunto (Nueva York, 26 a 29 de marzo de 2004)

(A/CN.9/550)[Original: inglés]

Índice

		Párrafos
I.	Introducción: resumen de las deliberaciones previas de los Grupos de Trabajo	1-4
II.	Organización del período de sesiones	5-10
III.	Resumen de las deliberaciones y decisiones	11
IV.	Examen del régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de insolvencia	12-22
	A. Aplicación al perfeccionamiento de la constitución de una garantía real de las disposiciones relativas a la paralización y anulación de ciertos actos o actuaciones	12-14
	B. Determinación del valor económico de una garantía real (momento de dicha valoración)	15-17
	C. Trato otorgado a los acreedores garantizados en un supuesto de reorganización de la empresa en el que dichos acreedores estén en desacuerdo con el plan de reorganización o se hayan abstenido en la votación de dicho plan	18
	D. Límites previstos respecto de la prelación de que goza todo acreedor garantizado	19
	E. Trato otorgado a los acuerdos de subordinación	20
	F. Trato otorgado a los mecanismos de garantía basados en la titularidad del bien	21-22

I. Introducción: resumen de las deliberaciones previas de los Grupos de Trabajo

1. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión tomó nota con satisfacción de los esfuerzos llevados a cabo por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) para coordinar su labor sobre el régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de

insolvencia e hizo suya la sugerencia de que los dos grupos de trabajo prosiguieran su labor a la luz de los principios comunes convenidos entre ellos (véase A/CN.9/511, párrs. 126 y 127, y A/CN.9/512, párr. 88). En el curso del período de sesiones, la Comisión también hizo suya la sugerencia de que se coordinara más estrechamente la labor de los dos grupos de trabajo, incluida la de que éstos celebraran períodos de sesiones conjuntos[1].

2. En su primer período de sesiones conjunto (Viena, 16 y 17 de diciembre de 2002), el Grupo de Trabajo V y el Grupo de Trabajo VI examinaron el régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de insolvencia a la luz del capítulo IX, Insolvencia, del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5). En ese período de sesiones se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del capítulo IX, Insolvencia (véase A/CN.9/535, párr. 8).

3. En su 36º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión expresó su reconocimiento a los Grupos de Trabajo V y VI por los progresos realizados durante su primer período de sesiones conjunto en cuestiones de interés común y tomó nota con satisfacción de los planes de organizar futuras reuniones conjuntas de expertos[2].

4. En su cuarto período de sesiones (Viena, 8 a 12 de septiembre de 2003), el Grupo de Trabajo VI examinó la versión revisada del capítulo IX (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6) y pidió a la Secretaría que volviera a revisar el texto (véase A/CN.9/543, párr. 15). En ese período de sesiones se señalaron diversas cuestiones relativas al régimen de las garantías reales suscitadas en el marco del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (véase A/CN.9/543, párrs. 79 a 83). Habida cuenta de que la Comisión pidió al Grupo de Trabajo V que concluyera su labor preparatoria del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia y que lo presentara a la Comisión en su 37º período de sesiones para su finalización y adopción, se propuso que los grupos de trabajo celebraran un segundo período de sesiones a fin de examinar las cuestiones que el Grupo de Trabajo VI había señalado[3].

II. Organización del período de sesiones

5. Los Grupos de Trabajo V y VI, integrados por todos los Estados miembros de la Comisión, celebraron su segundo período de sesiones conjunto en Nueva York, del 26 al 29 de marzo de 2004. Asistieron al período de sesiones los representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, India, Italia, Japón, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Singapur, Sudán, Suecia y Tailandia.

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17, párr. 203).

[2] Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17, párr. 217).

[3] Ibíd., párr. 197.

6. También asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argentina, Australia, Belarús, Bélgica, Dinamarca, Filipinas, Ghana, Irlanda, Madagascar, Mongolia, Nigeria, Omán, Países Bajos, Polonia, Qatar, República Checa, República de Corea, Santa Sede, Sudáfrica, Suiza y Turquía.

7. Asistieron, además, al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: a) organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional (FMI) y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI); b) organizaciones intergubernamentales: Asociación Internacional de Organismos Reguladores de la Insolvencia, Banco Asiático de Desarrollo y Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD); c) organizaciones no gubernamentales: *American Bar Association* (ABA), *American Bar Foundation* (ABF), Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Asociación Internacional de Abogados, Cámara de Comercio Internacional (CCI), Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, *Commercial Finance Association* (CFA), Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL), *Groupe de réflexion sur l'insolvabilité* (GRIP), Grupo de Trabajo Internacional sobre el Régimen Europeo de la Insolvencia, Instituto de Derecho Internacional, Instituto Max Planck de Derecho Privado Extranjero e Internacional Privado, *International Insolvency Institute* (III), *Union internationale des avocats* (UIA).

8. Los grupos de trabajo eligieron las siguientes autoridades:

Presidente: Sr. Alexander R. Markus (Suiza, a título personal)

Relator: Sr. Carlos Sánchez-Mejorada y Velasco (México)

9. Los grupos de trabajo tuvieron a su disposición una nota de la Secretaría titulada "Régimen aplicable a las garantías reales en el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia" (A/CN.9/WG.V/WP.71); y el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.70, parts. I y II).

10. Los grupos de trabajo aprobaron el programa siguiente:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Examen del régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de insolvencia.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

III. Resumen de las deliberaciones y decisiones

11. Los grupos de trabajo examinaron el régimen aplicable a las garantías reales en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia ("el proyecto de guía") utilizando como base el documento A/CN.9/WG.V/WP.71 y centrándose en las cuestiones enumeradas en el párrafo 7 de ese documento. Las deliberaciones y decisiones de los grupos de trabajo figuran a continuación.

IV. Examen del régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de insolvencia

A. Aplicación al perfeccionamiento de la constitución de una garantía real de las disposiciones relativas a la paralización y anulación de ciertos actos o actuaciones

12. A título preliminar, se observó que, si bien la recomendación 34 del proyecto de guía hacía referencia explícita al perfeccionamiento de la garantía real, no se examinaba el perfeccionamiento de dicho derecho en el comentario del proyecto de guía, por lo que se sugirió que sería provechoso que se examinara, en su texto, dicha cuestión. Se observó asimismo que tal vez procediera reconsiderar el empleo del término "constitución" o perfeccionamiento de la garantía real, adoptándose en su lugar una descripción más amplia de esta noción como la sugerida en el texto entre corchetes de la recomendación 34 b) "toda acción encaminada a que las garantías reales sean eficaces frente a terceros" o una referencia descriptiva de lo que cabría denominar "requisitos en materia de publicidad".

13. Respecto de la conveniencia de que todo acto de perfeccionamiento frente a terceros de la garantía real pueda ser objeto de una medida de paralización, se expresó el parecer de que la normativa por lo demás aplicable, al margen del régimen de la insolvencia, solía permitir el perfeccionamiento de la garantía real dentro de determinados plazos o períodos de gracia (conforme se indicaba en la nota de pie de página número 35, correspondiente al párrafo 189, del documento A/CN.9/WG.V/WP.70), y que tal vez procediera que el régimen de la insolvencia los respetara, permitiendo el perfeccionamiento de la constitución de una garantía real con posterioridad a la apertura de un procedimiento de insolvencia, pero dentro del marco de un período de gracia explícitamente indicado. Cuando la norma por lo demás aplicable, al margen del régimen de la insolvencia, no previera dicho período de gracia, la paralización aplicable a raíz de toda apertura de un procedimiento de insolvencia sería invocable como impedimento frente a todo acto de perfeccionamiento de la garantía. Dicho criterio obtuvo el apoyo general de los asistentes. Se observó, además, que debería hacerse una distinción entre la cuestión de si un acto de perfeccionamiento, efectuado en el curso de un procedimiento de insolvencia, haría que la garantía real fuera oponible a terceros, de la cuestión de si procedía o no autorizar dicho acto. Por ejemplo, con arreglo a ciertos regímenes, una garantía real constituida o perfeccionada tras la apertura de un procedimiento de insolvencia no surtiría efecto alguno en un supuesto de liquidación, pero sí surtiría efecto en un supuesto de reorganización de la empresa. Se observó además que el efecto de la insolvencia sobre el acto de perfeccionamiento dependería de la trascendencia de dicho acto. Por ejemplo, si el acto requerido para el perfeccionamiento consiste en una inscripción registral, tal vez se permita dicho acto tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, pero si el acto requerido supone la entrega del bien gravado al acreedor garantizado, con la subsiguiente reducción de la masa de la insolvencia, es probable que el régimen de la insolvencia no lo permita.

14. Con respecto a la aplicabilidad del régimen de la anulación a todo acto de perfeccionamiento de una garantía real, se convino en general en que dichos actos

pudieran anularse en la misma medida que los demás actos examinados en el marco del capítulo que el proyecto de guía dedicaba al examen de la anulación de ciertos actos de una empresa insolvente.

B. Determinación del valor económico de una garantía real (momento de dicha valoración)

15. Se sugirió que en los párrafos 210 a 214 del proyecto de guía, relativos a la valoración de la garantía real, se hiciera referencia al capítulo relativo a la comunicación y verificación de los créditos, ya que la pronta comunicación de todo crédito garantizado permitiría proceder con igual prontitud a determinar su valor, si procedía o no tenerlo por garantizado y si era necesario adoptar alguna medida protectora al respecto.

16. Se expresó cierta inquietud de que el texto actual de la recomendación 39 del proyecto de guía no enunciara un derecho inequívoco a que se amparara el valor económico del bien gravado, sino que dejaba la adopción de una decisión al respecto al arbitrio del foro competente. Se insistió en que todo acreedor garantizado necesitaba saber cuál sería el efecto sobre su garantía real de la apertura de un procedimiento de insolvencia contra el deudor, por lo que procedía que el régimen de la insolvencia enunciara claramente cuáles serían los efectos de la apertura de dicho procedimiento respecto de una garantía real. Necesitaba saber, en particular, en todo supuesto en que el valor económico del bien gravado pudiera verse afectado por la apertura de un procedimiento de insolvencia, si el acreedor garantizado gozaba de algún derecho a que se amparara el valor del bien gravado. Se observó además que la recomendación 39 consideraba únicamente los supuestos de que el valor del bien gravado no sobrepasara el valor de la garantía real y de que, en caso de mermarse el valor del bien gravado, la garantía del acreedor fuera a quedar parcialmente al descubierto, sin prever también el supuesto de que el acreedor hubiera negociado una cobertura excesiva para el valor de su garantía. En este último supuesto, se sugirió que tal vez procediera asimismo otorgar cierta protección adicional al acreedor, en forma de pago de intereses. Al responder, se insistió en que era preciso que el régimen de la insolvencia ponderara cuidadosamente los diversos intereses en juego de todas las partes en un procedimiento. Se observó que no cabía preconizar el pago de intereses a un acreedor cuya cobertura fuera ya excesiva, ya que ello tal vez implicaría que dicho acreedor recibiera, de resultas de la apertura de un procedimiento de insolvencia, una ventaja adicional sobre la cobertura ya reportada por la garantía real.

17. Tras deliberar al respecto, se convino en que, a título de principio general, el proyecto de guía indicara que, a instancia del propio interesado ante el tribunal, todo acreedor garantizado debería poder reclamar la protección del valor de los bienes gravados. Al otorgar dicha protección, el tribunal debería poder determinar, a su arbitrio, cuál sería la medida de protección más indicada al respecto, entre las previstas en el régimen legal de la insolvencia. Se convino, además, en que la noción de merma del valor del bien gravado debería quedar circunscrita a toda merma imputable al procedimiento de insolvencia, como sucedería en el supuesto de que la paralización de las actuaciones impidiera que el acreedor garantizado ejercitara toda medida ejecutoria de la que dispusiera para amparar el valor del bien

gravado, así como al supuesto de que la utilización por el deudor del bien gravado, en el curso de un procedimiento, supusiera cierta merma de su valor.

C. Trato otorgado a los acreedores garantizados en un supuesto de reorganización de la empresa en el que dichos acreedores estén en desacuerdo con el plan de reorganización o se hayan abstenido en la votación de dicho plan

18. Se expresaron cierto número de pareceres respecto del trato que debía otorgarse a los acreedores garantizados en un supuesto de reorganización. Por ejemplo, se preguntó, respecto de la recomendación 138 del proyecto de guía, si tenía por objeto ser aplicable a todo miembro disidente de una categoría de acreedores, que en cuanto categoría hubiera votado a favor de un plan, o a una categoría toda ella disidente de acreedores garantizados; si cabía exigir que los acreedores garantizados expresaran su voto respecto de un plan que pudiera mermar sus derechos; si los acreedores garantizados quedarían obligados por un plan adoptado contra su deseo explícito; y en qué medida cabría utilizar, en el curso de una reorganización, los bienes gravados. Se observó que en el proyecto de guía figuraban ciertos textos entre corchetes, lo que denotaba que quedaban ciertas cuestiones por resolver en el seno del Grupo de Trabajo V. Se sugirió que dicho Grupo de Trabajo tuviera en cuenta las cuestiones suscitadas en el curso de las deliberaciones del presente período de sesiones conjunto.

D. Límites previstos respecto de la prelación de que goza todo acreedor garantizado

19. Los grupos de trabajo se mostraron en general de acuerdo con el texto actual del comentario y de las recomendaciones del proyecto de guía a este respecto.

E. Trato otorgado a los acuerdos de subordinación

20. Se suscitaron ciertas cuestiones respecto del trato dispensado a dichos acuerdos en el curso de un procedimiento de insolvencia, particularmente en lo relativo a la clasificación y al rango de prelación resultante de todo crédito subordinado. Se observó que estas cuestiones podían ser a veces sumamente complejas y que, dada la diversidad de las soluciones previstas en el derecho interno, sería sumamente difícil abordarlas con un mínimo de atención en el marco del proyecto de guía. A título de principio general, se convino en que el procedimiento de insolvencia respetara todo acuerdo de subordinación, con tal de que las partes en dicho acuerdo no hubieran estipulado una prelación superior a la que otorgaría el derecho interno aplicable, y en que el principio general del reconocimiento de toda prelación estipulada con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia sería también aplicable a la prelación que se estipulara en un acuerdo de subordinación. Se sugirió, a título de aclaración, que se restringiera el ámbito de la recomendación 174 del proyecto de guía a la subordinación de un crédito por decisión judicial, y que no fuera aplicable al supuesto de subordinación por vía contractual. Se sugirió mencionar, además, en el

proyecto de guía, una tercera vía de subordinación, que era la que viniera impuesta por imperativo legal.

F. Trato otorgado a los mecanismos de garantía basados en la titularidad del bien

21. Los grupos de trabajo tomaron nota de que el Grupo de Trabajo VI no había adoptado aún una posición definitiva respecto de cómo procedía clasificar los mecanismos de garantía basados en la retención de la titularidad, pero que, para los fines del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, toda cesión o transferencia de la titularidad para fines de garantía había de ser considerada como un dispositivo de garantía real. Como respuesta a las sugerencias de que el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia se abstuviera de pronunciarse respecto de dicha cuestión, se convino en general en que la clasificación de los créditos no era una cuestión que hubiera de ser resuelta por el régimen de la insolvencia. Ahora bien, el régimen de la insolvencia debería especificar el trato que se otorgaría a los diversos dispositivos o acuerdos en el marco de un procedimiento de insolvencia, a fin de que fuera posible averiguar el trato otorgado a un dispositivo de garantía basado en la retención de la titularidad, cualquiera que fuera la conceptuación o clasificación que la ley aplicable diera a dicho dispositivo. Se observó que el texto actual del proyecto de guía indicaba, en términos claros y precisos, el trato que procedía otorgar a dichos dispositivos, al tratar de la formación de la masa de la insolvencia, de la paralización de las actuaciones y de la cuestión de si cabía incluir o no en el plan de reorganización diversos tipos de arreglos, los requisitos para poder proseguir o no un contrato, etc., conforme podía verse en el documento A/CN.9/WG.V/WP.71. Se observó además que las disposiciones relativas a la ley aplicable, enunciadas en el documento A/CN.9/WG.V/WP.72, habían de ser tenidas en cuenta en el marco de todo examen del trato que había de darse, en el procedimiento de insolvencia, a los dispositivos basados en la titularidad, en la medida en que la ley que fuera aplicable a todo conflicto de prelación en el que interviniera un acreedor garantizado no podía ser distinta de la ley aplicable a un conflicto en el que interviniera un vendedor que hubiera retenido, para fines de garantía, la titularidad del bien vendido.

22. A título de aclaración, se señaló a la atención de la sala el párrafo 156 del proyecto de guía y la definición que en él se daba de la masa de la insolvencia, así como la documentación citada en respuesta a las cuestiones 36 a 39 del documento A/CN.9/WG.V/WP.71. Se sugirió que cabría tal vez insertar en dicha definición una referencia explícita a los acuerdos de reserva de dominio que diera mayor seguridad jurídica al respecto, pero a raíz de las deliberaciones se convino en que dicha referencia no sería necesaria. Se observó que la terminología utilizada en la guía sobre el régimen de la insolvencia, y en particular el sentido dado al término “bien”, podría ser de alcance más amplio que el habitualmente asignado, ya que dicho término, abarcaba los derechos y garantías reales, lo que tal vez procedería destacar en el proyecto de guía.

I. Informe sobre el 5º Coloquio Judicial UNCITRAL-INSOL sobre la Insolvencia Transfronteriza, 2003

(A/CN.9/554) [Original: inglés]

1. La presente nota contiene un informe sobre el debate y las conclusiones del 5º Coloquio Judicial Multinacional sobre la Insolvencia Transfronteriza, organizado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y la organización *INSOL International* en Las Vegas (Estados Unidos de América), que tuvo lugar los días 21 a 23 de septiembre de 2003[1].

2. Asistieron a este coloquio más de 32 jueces y miembros de la administración pública de 27 Estados, que, por proceder de países con diversos ordenamientos jurídicos, representaban una amplia variedad de perspectivas y prácticas jurisdiccionales. Se informó a los participantes en el Coloquio de la progresiva incorporación del régimen de la Ley Modelo al derecho interno de muchos países y de la labor que se llevaba a cabo en el plano internacional en relación con el régimen de la insolvencia, incluido el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia, los principios y líneas rectoras del Banco Mundial relativos a la insolvencia y el Foro Judicial (*Global Judges Forum*) del Banco Mundial sobre los regímenes de la insolvencia mercantil y la ejecución de las deudas comerciales, y se examinó la función de los tribunales judiciales en la reorganización de empresas insolventes, el desarrollo de la competencia pericial de los tribunales en asuntos de insolvencia y el reglamento del Consejo de Europa sobre los procedimientos de insolvencia.

Conclusiones

3. Los participantes en el Coloquio expresaron su esperanza de que la labor que llevaban a cabo las organizaciones internacionales en lo relativo a la reforma del régimen legal de la insolvencia mejoraría, en el futuro, el marco legal e institucional de la insolvencia y facilitaría la difusión del régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza. Los participantes se mostraron asimismo de acuerdo en la conveniencia de dar a conocer mejor las dificultades inherentes al procedimiento de insolvencia, particularmente cuando dicho procedimiento tuviera repercusiones internacionales, y los diversos métodos que se estaban desarrollando y perfeccionando para tramitar con eficiencia y eficacia dichos procedimientos, recurriendo, entre otras cosas, a la formación de un personal judicial y de letrados defensores especializados en dicho campo y facilitando asimismo la coordinación y la cooperación entre los tribunales judiciales y su personal y otros profesionales que intervienen en el procedimiento de insolvencia. Los participantes en el Coloquio reconocieron la importancia de que prosiguiera el diálogo sobre estas cuestiones y la valiosa función de los coloquios judiciales al servicio del intercambio de pareceres y experiencias. Se sugirió que las diversas organizaciones internacionales que intervenían en la reforma del régimen de la

[1] Puede obtenerse la transcripción completa de la evaluación del coloquio judicial en el sitio web de la CNUDMI, www.uncitral.org , bajo *News and meetings/papers and programs from previous colloquia held in conjunction with the work of UNCITRAL/Insolvency/UNCITRAL/INSOL Fifth Multinational Judicial Colloquium, 2003*.

insolvencia, y particularmente la CNUDMI, facilitaran este intercambio difundiendo la documentación e información disponible en este campo, preferentemente por Internet. Debe señalarse que el sexto Coloquio Judicial UNCITRAL/INSOL tendrá lugar en Sydney (Australia) en el mes de marzo de 2005.

Informes sobre la marcha de ciertas tareas

4. Se informó al Coloquio sobre la progresiva adopción del régimen de la Ley Modelo, particularmente en aquellos países que ya habían promulgado leyes para su incorporación al derecho interno y en países que estaban considerando hacer otro tanto. Se observó que el requisito de que se probara la reciprocidad seguía inquietando a algunos países y se examinaron las ventajas y los inconvenientes de incluir esa disposición al incorporar el régimen de la Ley Modelo al derecho interno. Se observó que en algunos países existía una firme tradición jurídica al respecto. No obstante, hubo acuerdo en que la imposición de un requisito por el que se probara la reciprocidad restaría agilidad y prontitud a ciertas prácticas de colaboración entre los tribunales de diversos países, por lo que dicho requisito podría, en principio y en la práctica, ser contrario a uno de los objetivos clave de la Ley Modelo.

5. Se informó asimismo al Coloquio acerca de la labor de la CNUDMI relativa al proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia y sobre los principios y líneas rectoras del Banco Mundial sobre regímenes eficientes de la insolvencia y de ordenación de los derechos de los acreedores. Se observó que en julio de 2003 la Comisión había aprobado, en principio, la política normativa del proyecto de guía, por lo que cabía esperar que le diera su aprobación definitiva en junio de 2004. Se informó a los participantes de que los principios y líneas rectoras del Banco Mundial eran objeto de un proceso de revisión destinado a incorporar ciertas adiciones y aclaraciones inspiradas en las enseñanzas y experiencias dimanantes del programa experimental de evaluación instituido al respecto por el Banco Mundial, así como en consultas adicionales con la comunidad internacional. Se observó, además, que el Banco Mundial y la CNUDMI habían trabajado en estrecha colaboración para garantizar coherencia a nivel de principios.

6. Por último, se informó acerca de la labor del Foro Judicial Mundial sobre los regímenes de la insolvencia mercantil y la ejecución de las deudas comerciales, que tuvo lugar en mayo de 2003 en *Pepperdine University* (Malibu, California), bajo el patrocinio del Banco Mundial. La finalidad de dicho Foro fue examinar la observancia de ciertas normas internacionales y la adopción de prácticas eficaces en los procedimientos de insolvencia mercantil y en la ejecución de las deudas comerciales, y ayudar al Banco Mundial en la labor de reunir información pertinente para el desarrollo de una estrategia que facilite el desarrollo de una capacidad institucional en este campo durante el próximo decenio. Asistieron a dicho Foro más de 100 jueces procedentes de 65 países.

Función de los tribunales judiciales en los procedimientos de reorganización

7. Los jueces de diversos países participaron en los trabajos de una reunión pericial sobre diversos cometidos que cabía asignar a los tribunales en los procedimientos de reorganización de empresas. Las deliberaciones pusieron de manifiesto que los cometidos asignados al tribunal en la reorganización de una empresa variarían en función de los criterios normativos incorporados a su

legislación por el Estado interesado. Dicha política normativa afectaría a la formación pericial que habría de darse a los miembros de los tribunales encargados de dirigir o de supervisar esos procedimientos, y un estudio comparativo hizo ver que el grado de supervisión de la reorganización que había de ejercer el tribunal variaba mucho de un país a otro. En algunos países, el tribunal judicial habría de pronunciar un dictamen sobre la viabilidad comercial de la empresa a la luz de los dictámenes periciales que se le presentaran y estaría, por ejemplo, obligado a pronunciarse acerca de si el plan de reorganización propuesto satisfacía, formal y sustancialmente, ciertos criterios legales y, en particular, sobre si dicho plan era económica y comercialmente viable. En otros países, esos asuntos habrían de ser resueltos por el administrador designado para dicho plan de reorganización o por un comité de los acreedores, y el tribunal se limitaba a desempeñar una función supervisora, verificando la corrección formal del procedimiento seguido y la ratificación del plan por los acreedores.

8. Los participantes se mostraron de acuerdo en que la aptitud del tribunal para pronunciarse sobre cuestiones de índole propiamente comercial dependería en gran medida de la formación de una magistratura especializada y del personal letrado destinado a actuar ante dichos tribunales. Se observó que para muchos países, particularmente los más pequeños o los países en desarrollo, sería difícil disponer de la infraestructura judicial necesaria para este cometido. Muchos de esos países no dispondrían del personal pericial requerido o no podrían pagarlo, por lo que sería preciso encontrar otras soluciones. Se reconoció asimismo que esa diversidad de especialidades requeridas obligaría a diversificar la formación impartida a su personal judicial. Cuanto mayor fuera la necesidad de dictaminar sobre cuestiones comerciales, mayor sería la necesidad de que el personal judicial entendiera de ciertas reglas de economía por las que debe regirse todo negocio viable. Pronunciar un dictamen predictivo acerca de la viabilidad económica de un plan de reorganización difería totalmente de la función judicial tradicional consistente en determinar si las medidas adoptadas en el pasado por determinada persona correspondían a la variedad de opciones razonables disponibles en el marco de alguna norma general de diligencia empresarial.

Fomento del desarrollo de la capacidad judicial

9. Se observó que la aptitud para intervenir en un procedimiento transfronterizo y resolverlo dependería de que el juez fuera capaz de cumplir un cometido "adicional", no requerido en un procedimiento de insolvencia puramente interno, que le permitiera además colaborar con todo procedimiento abierto respecto de la insolvencia transfronteriza en alguna jurisdicción extranjera, lo que le obligaría a armonizar en lo posible su propio procedimiento con el de la jurisdicción extranjera. Como se observó respecto de la función de un tribunal en un procedimiento de reorganización, el derecho sustantivo y procesal aplicable en un país podría ser reflejo de principios que no coincidieran con los que rigieran al régimen de la insolvencia en otro país. Para agilizar y simplificar el curso de un procedimiento transfronterizo, se observó que sería preciso que los tribunales fueran conscientes del entorno cultural, económico e histórico en el que habría de desarrollarse todo procedimiento paralelo seguido ante un tribunal extranjero, por lo que se verían obligados a proseguir sin descanso su formación en toda la variedad de especialidades requeridas.

10. Los participantes indicaron diversos métodos para mejorar dicha formación, refiriéndose, en particular, a los cursos de orientación inicial y de actualización ulterior de conocimientos, así como a la organización de coloquios y reuniones más informales pero, a la vez, más periódicas entre el personal judicial encargado de la insolvencia; a la formulación de prácticas recomendadas en función de la experiencia adquirida; al acceso a textos jurisprudenciales y doctrinales sobre este tema, y al intercambio de visitas, que reportará mayor provecho si se efectúa entre el personal judicial de países cuyo régimen de la insolvencia se inspire en principios básicamente comunes.

11. Respecto del intercambio de documentación y de información pertinente, se sugirió que la página de UNCITRAL en Internet podría desempeñar una función importante, facilitando comentarios directos e indirectos sobre determinados temas y enlaces con otras páginas como las de INSOL, el Banco Mundial, la *International Bar Association* (*Committee J*), el *International Insolvency Institute* y otras entidades. Se reconoció que cada una de estas organizaciones estaba intentando facilitar alguno de los elementos básicos de todo régimen eficiente y eficaz de la insolvencia, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

12. Los participantes se mostraron de acuerdo en que la mejor formación era la aceptada e incluso buscada espontáneamente por los que la necesitaban, al ser plenamente conscientes de su importancia. Para facilitar la preparación de programas de capacitación adecuada y su aceptación por los destinatarios, se sugirió que cabría hacer una encuesta entre el personal de la judicatura sobre sus necesidades en materia de formación y sobre el método a seguir para impartirla, facilitando a los encuestados información sobre las ventajas reportadas a los jueces de otras jurisdicciones por dicha formación. Además de preparar mejor al personal judicial competente, debería impartirse a los letrados defensores y otros profesionales de la insolvencia una formación que los habilitara para resolver los casos de insolvencia transfronteriza con la debida coordinación y prontitud.

13. Los participantes en el Coloquio también examinaron la manera de aumentar la cooperación y la coordinación en las actuaciones abiertas en los casos de insolvencia transfronteriza, describiendo algunos de ellos ciertos casos importantes y los resultados logrados. Se observó que si bien los tribunales habían cooperado tradicionalmente entre sí y habían existido siempre ciertas vías de comunicación entre los tribunales de los diversos países interesados, las modalidades y vías de dicha colaboración no resultaban ya apropiadas ni para las insolvencias actuales ni para la celeridad con la que convenía resolver ciertas cuestiones. Se observó que, gracias a ciertos procesos de integración económica y a la similitud de sus ordenamientos, durante el pasado decenio algunos países habían adquirido una amplia experiencia en casos de insolvencia transfronteriza en que los tribunales de diversas jurisdicciones hubieron de comunicarse entre sí. Por consiguiente, esos países habían introducido ciertas prácticas procesales para resolver las cuestiones pertinentes, y la experiencia adquirida con dichas prácticas hacía probable que algunas de ellas fueran aceptadas como “rutinarias”. Cabía citar, como ejemplos de países en donde se había recurrido a dichas prácticas, a las Bermudas, el Canadá, los Estados Unidos de América, las Islas Caimán, Israel, el Reino Unido y Suiza. Una cuestión particularmente debatida fue la manera de poner en práctica dicha cooperación judicial y ciertas cuestiones éticas y jurídicas suscitadas por las nuevas prácticas en lo relativo al derecho de las partes a estar informadas y a participar en

la comunicación entablada entre los tribunales, así como a la necesidad de que las partes afectadas consientan en dichas comunicaciones o se les reconozca algún derecho en el supuesto de que no estén de acuerdo con ellas. Se sugirió que una de las enseñanzas extraídas de las deliberaciones era la necesidad de considerar si un observador objetivo concluiría, al ser informado de la práctica procesal adoptada, que dicha práctica fuera razonable y provechosa en todas las circunstancias del caso y no perjudicara en modo alguno ningún interés legítimo de alguna de las partes.

14. Algunos jueces no dejaron, empero, de señalar ciertos impedimentos que dificultarían la introducción de tales prácticas en el marco de los ordenamientos de tradición romanista. Su inquietud se refería en concreto a que esas vías directas de comunicación no estaban autorizadas, al estar previstas otras vías menos eficientes de comunicación, como la denominada carta o comisión rogatoria. Cierto número de jueces convinieron en que esos impedimentos eran una de las razones más importantes para que se adoptara con urgencia el régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI, que permite y facilita dichas vías de colaboración y comunicación directa entre los tribunales. Otros jueces se refirieron, en particular, a ciertos reglamentos judiciales que impedirían toda colaboración y comunicación directa entre los tribunales. Hubo acuerdo general en la conveniencia de que prosiguiera el diálogo entablado sobre todas esas cuestiones.

J. Proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia: Compilación de las observaciones presentadas por organizaciones internacionales (A/CN.9/558) y (A/CN.9/558/Add.1) [Original: inglés]

Índice

Página

I. Introducción . . . . . .

II. Compilación de las observaciones . . . . . .

Organizaciones internacionales . . . . . .

Comisión Europea - Dirección General de Justicia e Interior . . . . . .

Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo . . . . . .

Organización Internacional del Trabajo (OIT) . . . . . .

Departamento Jurídico del Fondo Monetario Internacional . . . . . .

I. Introducción

1. Como preparativo del 37º período de sesiones de la Comisión, se distribuyó entre las autoridades competentes de todos los Estados y organizaciones internacionales interesadas el texto del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, conforme fue aprobado, en principio, por la Comisión en su 36º período de sesiones, en 2003, y por el Grupo de Trabajo en septiembre del mismo año, a fin de recabar toda observación que desearan hacer al respecto. A continuación pueden verse reproducidas las observaciones recibidas al 26 de marzo de 2004, que se refieren explícitamente al contenido de dicho proyecto de guía.

II. Compilación de las observaciones

Organizaciones internacionales

Comisión Europea

Dirección General de Justicia e Interior

[Original: inglés]

En primer lugar, el proyecto de guía nos informa de que su texto está destinado a ser utilizado como punto de referencia por el legislador, pero sin que su objetivo sea ofrecerle un juego unitario de soluciones. En su lugar, las recomendaciones que figuran al final de cada sección tratan de ofrecer una visión ponderada de los diversos objetivos de un régimen de la insolvencia, examinando el procedimiento de ámbito universal y de ámbito territorial, y de liquidación o de reorganización de la empresa, así como las diferencias entre los regímenes favorables al deudor y los favorables a sus acreedores, y entre los créditos ordinarios y los garantizados. Dicho enfoque parece contradecir la necesidad de que se armonice dicho régimen por medio, por ejemplo de un instrumento internacional jurídicamente vinculante para todo Estado que pase a ser parte él. En aquellos casos en que las recomendaciones abordan expresamente alguna cuestión del régimen sustantivo de la insolvencia, cabe suponer que las directrices legislativas tratarán de ofrecer una solución pragmática, dada la dificultad de encontrar una solución única para cuestiones que la jurisprudencia interna ha resuelto de modo diferente. Ahora bien, cuando se hayan de aplicar reglas de competencia jurisdiccional o de conflictos de leyes a una insolvencia de ámbito transfronterizo, será necesario que la solución encontrada sea compatible con la normativa interna de los diversos países afectados.

Por ello, el proyecto de guía se refiere a ciertos instrumentos actuales del derecho internacional privado, tales como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza y el Reglamento del Consejo de Europa Núm. 1346/2000 de 29 de mayo de 2000, sobre el procedimiento de insolvencia. El proyecto de guía menciona, en particular, las definiciones del centro donde el deudor haya radicado sus principales intereses y del establecimiento del deudor como posibles factores de conexión para la apertura en dicho lugar de un procedimiento. Ahora bien, existe cierta incoherencia entre lo dicho en el párrafo 99 -"en particular cuando las partes sean de un país extranjero, procedería que la ley indicara claramente cuál es el tribunal competente para esta o aquella función"- y en la nota de pie de página número 8: "esta recomendación tiene la finalidad de indicar los motivos mínimos y no exclusivos para abrir un procedimiento de insolvencia. En algunos países cabe invocar otros motivos, como pudiera ser la presencia de bienes". No vemos justificación alguna para seguir empleando el criterio de la presencia de bienes. Con ello no pretendemos que dicho motivo no pueda existir, sino que, si se admite dicho motivo, debe insertarse en el propio texto de la recomendación. Ahora bien si no se admite ese motivo o se estima que es un motivo débil (véase el párrafo 98 que dice: "el criterio de la presencia de bienes puede suscitar el problema de la pluralidad de foros competentes, así como la posibilidad de que se inicien diversos procedimientos, lo cual dará lugar a problemas de coordinación y cooperación"), no parece claro qué es lo que se está recomendando.

En **segundo lugar**, en el marco de la recomendación 18) de la página 75, así como del párrafo 583 de la página 246 y de la recomendación 158) de la página 256 que trata de los requisitos de forma y tiempo para la presentación de créditos extranjeros, no estaría de más mencionar la reglamentación explícita en los artículos 40 a 42 del Reglamento Núm. 1346/2000 CE del aviso que ha de darse a los acreedores.

En el marco del párrafo 161 de la página 79, que nos dice que otros regímenes de la insolvencia disponen que las garantías reales no se verán afectadas por la apertura de un procedimiento y que los acreedores garantizados podrán hacer valer sus derechos tanto contractuales como legales, convendría señalar que dicho principio ha sido ya formulado, en un contexto transfronterizo, en el artículo 5 del Reglamento Núm. 1346/2000 CE.

En el marco del párrafo 166 de la página 80 convendría referirse a la solución dada en dicho Reglamento inspirada en el principio de la apertura de un procedimiento de ámbito universal, pero sin excluir la posibilidad de que se abra algún otro procedimiento secundario, cuyo ámbito quedaría circunscrito al territorio del Estado Miembro de la Unión Europea interesado. Se ha previsto en el Reglamento el reconocimiento automático de los fallos extranjeros, así como ciertas reglas especiales para coordinar la actuación de los liquidadores.

En el marco de los párrafos 324 y 325 y de la recomendación 74) de la página 151 relativa a las "Garantías reales": tal vez proceda mencionar el artículo 8 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en manos de un intermediario, que fue aprobado el 13 de diciembre de 2002.

En lo relativo al examen de los créditos privilegiados o dotados de alguna prelación especial el párrafo 632 de la página 263 dice que esta cuestión puede tener particular trascendencia en supuestos de insolvencia transfronteriza. Además de la remisión que se hace en dicho párrafo a la Ley Modelo de la CNUDMI, cabría describir brevemente la solución equilibrada adoptada por la Unión Europea en el artículo 4.2 i) del Reglamento Núm. 1346/2000, es decir, la de prever que el orden de prelación de los créditos se determinará con arreglo a la ley del foro ante el que se haya abierto el procedimiento (principal o secundario).

Pasando, por último, a la cuestión crucial del régimen aplicable a los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia, la sección C, en las páginas 267 a 270, se muestra favorable a una aplicación extensiva del régimen de la insolvencia en el que se prevea el supuesto de las sociedades agrupadas o grupos de empresas sin dejar de señalar ciertos inconvenientes de dicho enfoque. En la Unión Europea se argumentó a favor tanto de un enfoque centrado en el "grupo de sociedades" (determinado a la luz de criterios económicos) como de un enfoque centrado en la "persona jurídica constituida" (determinada a la luz de la plena responsabilidad gestora de su oficina central). Cabe decir que, el nuevo Reglamento de la EU no ha previsto el tratamiento "consolidado" o mancomunado de la responsabilidad de las empresas de un mismo grupo. Ahora bien, cabe señalar en la jurisprudencia interna ciertas sentencias contradictorias que revelan la dificultad de aplicar en la práctica criterios comunes.

Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo[1]

[Original: inglés]

Observaciones generales

Al presentar las siguientes observaciones, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) es consciente de la importancia de la insolvencia para las economías en curso de transición de Europa oriental y de Asia central y de que, en el marco de su labor en esta esfera, el BERD centrará su encuesta del presente año sobre nuevos indicadores jurídicos (*New Legal Indicator Survey: NLIS*) en el tema de la insolvencia. Dicha encuesta tratará de evaluar la eficacia práctica del régimen de la insolvencia existente en países miembros del BERD con miras a determinar los puntos fuertes y débiles del régimen de la insolvencia de dichos países. El BERD tuvo asimismo en cuenta la índole complementaria de la labor del Banco y de la CNUDMI, al interesarse principalmente el Banco en las ventajas económicas de un régimen eficaz, eficiente y transparente de la insolvencia. Su examen del proyecto de guía permite al Banco expresar su parecer de que sus recomendaciones propiciarán el logro de dichas metas, al tiempo que imparte directrices normativas claras que pueden ser de utilidad para países tanto del *common law* como de tradición jurídica civilista y para economías tanto desarrolladas como en desarrollo.

Observaciones pormenorizadas

El párrafo 126 informa de que no existe un consenso general sobre si la apertura de un procedimiento de reorganización podrá ser solicitada no sólo por el deudor insolvente sino también por un acreedor. El Banco estima que es esencial facultar a los acreedores para solicitar la apertura de dicho procedimiento, no sólo porque cabe prever que el personal gerente de la empresa deudora dimita al declararse la insolvencia, sino también por el deseo que abrigarán normalmente los acreedores de poder controlar de algún modo el procedimiento de insolvencia. Como la Guía indica, la mayoría de los regímenes internos permiten que un acreedor solicite la apertura de un procedimiento de liquidación. Si se permite igualmente que un acreedor que solicite la apertura de un procedimiento de reorganización retenga cierto "control" del procedimiento abierto, cabe igualmente prever que es mucho más probable que los acreedores opten por la vía de la reorganización. Ello sería particularmente cierto en el marco de un régimen en el que sea probable que la parte que solicite la apertura del procedimiento pueda además elegir al administrador de la insolvencia. Es mucho más probable que los acreedores se muestren favorables a la vía de la reorganización de la empresa si se sienten seguros de que "su" administrador de la insolvencia estará al frente del negocio del deudor.

El párrafo 142 habla de la notificación que ha de darse a raíz de la presentación de una solicitud de apertura. La Guía sugiere que, en algunos supuestos, el deudor esté exento de la obligación de avisar a los acreedores de su solicitud de apertura de un procedimiento. Si bien pueden darse supuestos en los que proceda obrar así, se ha de sopesar dicha conveniencia frente a la inquietud suscitada por todo régimen de la insolvencia que antepone, tras la apertura de un procedimiento, el pago de los gastos de administración de la insolvencia a la satisfacción de los créditos de los propios

[1] Las observaciones facilitadas por el Banco no fueron presentadas a su personal directivo para ser oficialmente refrendadas.

acreedores garantizados. Si el régimen de la insolvencia otorga prelación suprema a dichos gastos administrativos, estimamos que todo acreedor garantizado deberá ser notificado de la solicitud de apertura de un procedimiento y que, de no darse ese previo aviso, no cabe anteponer los gastos incurridos por el administrador de la insolvencia a la satisfacción del crédito de dichos acreedores. De estimarse en algún régimen jurídico que dicha notificación no sería práctica, sugerimos que dicho régimen disponga que toda declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia deberá ser notificada a los acreedores garantizados, por el administrador de la insolvencia, dentro de un plazo razonable, y que se habilite explícitamente a los acreedores garantizados para solicitar modificaciones en el régimen de prelación de los gastos dimanante de la declaración de apertura de un procedimiento.

El párrafo 143 trata del aviso que ha de darse al deudor por los acreedores cuando éstos optan por abrir un procedimiento, pero no dice nada acerca de si dichos acreedores deben dar aviso de su actuación a otros acreedores. No está claro si dicha omisión es o no intencionada. Por las razones descritas en el párrafo anterior, salvo que alguna urgencia excepcional lo haga inviable, dichos acreedores deberían dar aviso de su tentativa de apertura de un procedimiento a todo acreedor garantizado conocido de ese mismo deudor.

El párrafo 324 sugiere que toda garantía real otorgada a un acreedor que no sirva de contrapartida para el "préstamo de nuevos fondos" será impugnable con arreglo al régimen de la insolvencia. Se parte pues de la presunción de que la operación no sería impugnable si la garantía real se otorga como contrapartida del préstamo de "nuevos fondos". Cabe sugerir que el Grupo de Trabajo extienda el alcance de este criterio para que no sea tan sólo el "préstamo de nuevos fondos" lo que sirva de amparo a la operación constitutiva de la garantía, sino la aportación de todo nuevo contravalor o contraprestación que sea reconocida como tal por el derecho interno aplicable. La presente distinción sería importante, por ejemplo, respecto de los denominados acuerdos de abstención por los que algún acreedor convenga suspender el ejercicio de algún derecho ejecutorio. Dicha abstención sería una contrapartida válida, con arreglo al derecho interno de muchos países, y debería ser amparable por el otorgamiento de alguna garantía real nueva que la compensara. Si bien es cierto que en este supuesto el acreedor no estaría inyectando nuevos fondos en efectivo en la empresa deudora, sí estaría otorgando un valor legítimo que justificara la constitución de una nueva garantía.

El párrafo 402 sugiere que el régimen de la insolvencia indique el grado de relación entre el deudor y el administrador de la insolvencia que pudiera dar lugar a un conflicto de intereses. Compartimos plenamente dicho parecer en aras de la transparencia del procedimiento de insolvencia. Sugerimos, por ello, que el Grupo de Trabajo vaya aún más lejos y recomiende que se prohíba sin más cierto tipo de relaciones. Por ejemplo, cuando el administrador de la insolvencia (tal vez un contable colegiado o una empresa de contaduría) haya actuado, en el pasado, como auditor de la empresa deudora sería improcedente que actuara como administrador de la insolvencia. Todo vínculo tan estrecho puede dar lugar a conflictos de intereses, como en el del notorio caso "Enron" donde ciertas prácticas contables de la empresa y de su auditor provocaron, de hecho, la insolvencia de dicha empresa. En dicha situación, el administrador de la insolvencia sería el encargado de actuar en justicia en nombre de los acreedores de la empresa insolvente, por lo que se

produciría un obvio conflicto de intereses si la propia empresa del administrador figuraba entre los presuntos culpables.

Organización Internacional del Trabajo (OIT)

[Original: inglés]

La Oficina Internacional del Trabajo ha seguido con interés la labor del Grupo de Trabajo V sobre el régimen de la insolvencia y desea presentar las siguientes observaciones a los documentos A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I) y A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II) con miras a la próxima aprobación del texto finalizado de la futura guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia.

Respecto de los objetivos fundamentales de todo régimen eficaz y eficiente de la insolvencia, enunciados en la primera parte de la guía legislativa, la OIT disiente de la formulación dada al objetivo número 8 en el párrafo 21 (página 16) en donde se declara que los "grados de prelación deberían basarse, en la medida de lo posible, en acuerdos comerciales, y no reflejar criterios sociales y políticos que podrían distorsionar el resultado de la insolvencia" y se sugiere a continuación que "convendría evitar dar prelación a créditos que no estuvieran basados en acuerdos comerciales". La OIT opina que dicha fórmula constituye una distorsión ideológica del objetivo de que se establezcan reglas claras para la determinación del rango de prelación de los créditos. La formulación actual de dicho objetivo aboga claramente en favor de que se otorgue prelación a las instituciones crediticias y otros acreedores financieros, en detrimento esencialmente de los trabajadores cuyo esfuerzo es, no obstante, indispensable para que toda empresa sea financieramente solvente.

Los acreedores financieros cobran un interés por los préstamos que otorgan a sus deudores, en el que está incorporado el factor de riesgo implícito a toda operación de préstamo. El riesgo de que el préstamo no sea reembolsable es un riesgo comercial en el que incurre todo acreedor financiero. De hecho, dichos acreedores cobran un tipo de interés distinto según cual sea el grado de riesgo que el cliente suponga para ellos. Si pese a ese riesgo dichos acreedores aceptan el negocio que la operación supone, cabría esperar que acepten igualmente la pérdida que les suponga la insolvencia eventual de su cliente. En cambio, un principio básico del contrato laboral es que el trabajador no asume en modo alguno el riesgo comercial de su empleador. Cabe por ello decir que el enfoque adoptado por el proyecto de guía legislativa supone, ni más ni menos, un traslado del riesgo comercial de la operación desde los hombros de los acreedores financieros y del contratista a los hombros de los trabajadores contratados. Pese a lo que pueda ser la opinión de los autores de la nueva guía lo cierto es que la mayoría de los países del mundo han adoptado la decisión de reconocer un privilegio a los créditos salariales de los trabajadores en todo supuesto de insolvencia de su empleador. En el momento actual 95 países son Partes en el Convenio relativo a la protección del salario de la OIT, 1949 (Núm. 95), cuyo artículo 11 obliga a todo Estado parte a tratar a los trabajadores como acreedores privilegiados en todo supuesto de quiebra o de liquidación judicial de su empresa. La OIT opina que dichos países no podrán aceptar la propuesta de la CNUDMI salvo que repudien una obligación internacional por ellos contraída.

Respecto de la segunda parte de la Guía Legislativa relativa a las disposiciones fundamentales para un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia, la OIT objeta la postura adoptada en el párrafo 629 al decirse que "algunas prelaciones se

fundamentan en consideraciones sociales que cabría regular mejor conforme a otras ramas del derecho tales como la normativa legal protectora del bienestar social, en vez de fijar, en el régimen de la insolvencia, objetivos sociales muy indirectamente relacionados con los problemas del endeudamiento y de la insolvencia" dado que, según se dice, los problemas sociales de esa índole, sólo se podrán resolver, en el mejor de los casos, en el marco de un régimen de la insolvencia de forma incompleta e inadecuada, pero restando, al mismo tiempo, eficiencia al procedimiento de insolvencia. El peligro reside en que, en aras de facilitar la viabilidad de una empresa insolvente y de hacer que el procedimiento de insolvencia resulte menos gravoso para los acreedores garantizados y el personal gestor de la insolvencia, la Guía no sólo presta escasa atención a los parámetros sociales de la insolvencia y del procedimiento de liquidación, sino que sugiere abiertamente que toda preocupación de amparo social de los trabajadores en un supuesto de insolvencia de su empleador debe quedar al margen del régimen de la insolvencia. La OIT abriga graves dudas respecto del acierto del parecer reflejado en el proyecto de guía de que el régimen de la insolvencia no debe tratar de ocuparse de la problemática social. En su formulación actual, la Guía suscita la inquietud de que su intención real es la de desmantelar el régimen privilegiado que ampara los créditos salariales de los trabajadores, pese a ser un régimen de aplicación prácticamente universal, a fin de amparar mejor los intereses de los acreedores institucionales. Ello es tanto más grave cuanto que la Guía no parece proponer ninguna alternativa válida viable a dicho régimen privilegiado, dado que las instituciones de salvaguardia de los créditos salariales, brevemente mencionados en la Guía son "arreglos de país rico" que difícilmente podrían crearse o funcionar en países del mundo en desarrollo.

Además, la OIT considera que los párrafos 633 y 634 (págs. 263 y 264) constituyen un mal reflejo de la práctica estatal internacionalmente difundida, que reconoce ampliamente la necesidad de amparar de modo especial los créditos de los empleados, otorgándoles un rango de prelación superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados. Es ciertamente significativo que el proyecto de texto no mencione el caso de aquellos países en donde los créditos de los trabajadores gozan de un "privilegio de rango superior" por delante de todos los demás créditos, incluidos los créditos garantizados (a este respecto, la definición que se da en la parte introductoria de la Guía del término "prelación absoluta" (en inglés "*superpriority*") es incorrecta por lo que debe ser reformulada). La OIT ha tenido ocasión de presentar una formulación alternativa de estos dos párrafos en la que se describe con mayor fidelidad el derecho y la práctica actual en la mayoría de los países, sin que parezca que dicha formulación haya sido en modo alguno retenida. La OIT desea referirse de nuevo al Estudio general, correspondiente al año 2003, sobre la aplicación del Convenio relativo a la protección del salario de 1949 (Núm. 95) preparado por la Comisión de Expertos de la OIT en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en cuyos párrafos 298 a 353 se analiza con cierto detalle el régimen legal interno de muchos países para el amparo de los créditos salariales de los empleados por sus servicios prestados. [Se envía una copia junto con observaciones].

Más aún, la recomendación 174) (página 267) parece dar a entender, en su formulación actual, que los créditos salariales de los trabajadores deben ser agrupados junto con otros créditos privilegiados en una única categoría de créditos prioritarios que deberán ser satisfechos con arreglo a cierta tasa (y no plenamente)

en todo supuesto de insuficiencia de la masa para satisfacer los créditos. Este parecer refleja una práctica de cierto número de países del *common law* que dista mucho de haber sido generalmente aceptada. De hecho, en la gran mayoría de los países, los créditos salariales de los trabajadores constituyen una categoría privilegiada que goza de una prelación superior a la de los créditos estatales o públicos y a la de los créditos de la seguridad social. Este parecer ha sido incorporado al artículo 8 1) del Convenio de la OIT sobre la protección de los créditos laborales (en supuestos de insolvencia) de 1992 (Núm. 173), que exige que los Estados Miembros otorguen a los créditos de los trabajadores una prelación superior a la de los restantes créditos privilegiados y en particular a la de los créditos públicos o estatales y a la de los créditos de la seguridad social.

En conjunto, la OIT opina que la labor en curso del Grupo de Trabajo V sobre el régimen de la insolvencia interesa del modo más directo a la labor de su propio programa relativo a la dignidad y honradez en las relaciones laborales, contrariando en algunos aspectos directamente los objetivos normativos y las prioridades de la OIT. La OIT desea seguir de cerca las deliberaciones del Grupo de Trabajo a fin de evitar que se ignoren sin más los conceptos y principios básicos de los instrumentos actualmente en vigor de la OIT en el campo del derecho de la quiebra y de la insolvencia. Conforme a lo dicho en el ya mencionado Estudio general de la Comisión de Expertos de la OIT (párrafo 505), el proceso de racionalización internacional del régimen de la insolvencia no debe en modo alguno contribuir a que dicho régimen se vuelva socialmente insensible. La asignación de un rango de prelación preferente a los salarios y otros emolumentos de los empleados constituye una piedra angular del derecho laboral de casi todos los países, por lo que la Comisión de Expertos aconseja firmemente que no se cuestione dicho principio sin ofrecer algún otro arreglo protector equivalente como pudiera ser el de la constitución de un fondo de garantía de salarios o de un programa de seguros que facilite una fuente independiente de fondos con los que sea posible saldar los créditos salariales de los empleados.

Departamento Jurídico del Fondo Monetario Internacional

[Original: inglés]

1. Visión de conjunto

El Departamento Jurídico del Fondo Monetario Internacional (FMI) desea hacer algunas observaciones más sobre algunos aspectos clave del examen, efectuado en la nueva Guía, del proceso de reorganización, así como sobre alguna otra sección de dicha Guía. La presente nota comienza por el tema de la reorganización, para pasar luego a examinar algunos de los capítulos por el orden en que aparecen en la Guía.

2. Procedimiento de reorganización

Como se observó en otras observaciones anteriores, la inquietud básica del FMI guarda relación con el régimen de votación de los acreedores para la aprobación del plan de reorganización y algunos aspectos de la vía de reorganización. Debe insistirse en que no se pretende modificar, con las presentes observaciones, la orientación normativa de la Guía, sino buscar la manera para que la Guía exponga de manera más concreta y analítica las opciones normativas existentes en esta importante esfera.

En primer lugar se debe declarar explícitamente en el comentario y en las recomendaciones que, si los derechos de los acreedores garantizados y de otros acreedores que gocen de alguna prelación pueden verse afectados por el plan de reorganización, dichos acreedores deberán poder votar, en todo supuesto, por categorías separadas unas de otras y de los acreedores ordinarios. En su formulación actual, la Guía no excluye que el plan pueda ser aplicable a los acreedores prioritarios ni tampoco declara explícitamente que dichos acreedores deberán en todo supuesto poder votar por categorías separadas. Cabe, por ello, entender que el texto actual de la Guía permite que se pueda forzar a los acreedores prioritarios a votar junto con los acreedores ordinarios. Ello podría, a su vez, dar lugar a un debilitamiento extremo, o a una privación total, de la garantía otorgada a los acreedores prioritarios, lo que supondría, entre otras cosas, una oferta menor de crédito financiero a dichos países y a precio más elevado. Cabría responder a ese riesgo insertando en el texto de las recomendaciones 130) y 133), así como en la tercera oración del párrafo 515 del comentario[2], algún texto por el que se insista en la necesidad de que todo acreedor que goce de una garantía real o de alguna otra prelación reconocida deberá votar, en todo supuesto, por categorías separadas.

En segundo lugar, la Guía deberá aclarar y examinar de modo más sistemático el amparo mínimo que el régimen de la insolvencia debe dar a todo acreedor discrepante que haya de aceptar un plan de reorganización (que sea vinculante tanto para los miembros minoritarios de una categoría que haya dado su aprobación al plan como para los miembros de una categoría que lo haya rechazado). El comentario menciona de paso diversos tipos de medidas de amparo (la regla de un valor de liquidación mínimo, la regla de la prelación absoluta, etc.), pero sin examinar sistemáticamente ni dar aclaración alguna de las medidas de amparo mínimas que habrán de observarse respecto de los acreedores discrepantes para que un plan sea aceptable. Por el contrario, el examen efectuado es a la vez limitado y discontinuo[3].

En tercer lugar, pese a que la cuestión está bien examinada en el comentario, las recomendaciones no prevén cómo ha de procederse para la subdivisión de los

---

[2] Cabría reformular el párrafo 515 en términos como los siguientes (texto adicional subrayado): "el hecho de permitir que los acreedores garantizados o prioritarios voten como una categoría aparte supone una salvaguardia mínima para un amparo adecuado de sus créditos, y un reconocimiento de que sus respectivos derechos y garantías difieren de los de los acreedores ordinarios o no garantizados".

[3] Por ejemplo, la primera oración del párr. 508 dice únicamente que "tal vez sea necesario" amparar a los acreedores discrepantes; y el párr. 532 dice que los regímenes en los que se prevé la imposición del plan a los discrepantes suelen prever "en general" prever ciertas salvaguardias para los acreedores (sin que se aclare en ninguno de los dos párrafos cuáles son las salvaguardias adecuadas en cada supuesto). De modo similar la recomendación 134) se limita a observar que el régimen legal debería regular "el trato" que deba a darse a cada categoría disidente de acreedores cuando no sea obligatoria la aprobación del plan por todas las categorías; la recomendación 137) prevé que la posibilidad de que sigan utilizándose los bienes gravados contra la voluntad del acreedor garantizado sin examinar ninguna medida concreta de salvaguardia al respecto; y la recomendación 138) no explica qué es lo que constituye un trato "justo y equitativo" de los acreedores que autorice la confirmación judicial del plan (pese a que muy poco lectores fuera de los Estados Unidos entiendan el significado de dicho término en el derecho de los Estados Unidos).

acreedores ordinarios en subcategorías para la emisión del voto[4]. Conforme se examina en el comentario, pese a su eventual complejidad, la subdivisión de los acreedores ordinarios puede ser en ocasiones un medio indispensable para obtener la aprobación del plan de reorganización por los acreedores. Por consiguiente, no estaría de más reformular el texto para que indicara que el régimen de la insolvencia podría ofrecer asimismo la posibilidad de subdividir a los acreedores ordinarios en nuevas categorías.

En cuarto lugar, además de las cuestiones anteriormente examinadas suscitadas por la aprobación del plan y las reglas de la votación requerida al respecto, otra inquietud suscitada por la vía de reorganización propuesta guarda relación con el examen que se hace (párrs. 535 y 538) de la autoridad del tribunal para rechazar o denegar la confirmación de un plan por razón de su falta de "viabilidad" económica. El único ejemplo de dicha falta de viabilidad que se da en dichos párrafos (la falta de acuerdo para resolver la cuestión de los créditos garantizados) parece justificado, pero la cuestión de la falta de viabilidad es mucho más amplia, por lo que cabría invocarla para rechazar un plan en supuestos y por motivos menos justificados. Dada la complejidad de este tipo de decisiones económicas y a la luz de la consideración de que los acreedores son los que mejor pueden evaluar dicha decisión, estimamos que el régimen de la insolvencia no debería facultar al tribunal para rechazar por razones de viabilidad un plan que haya sido aprobado por los acreedores, o debería definir con mayor precisión los supuestos en los que podrá ejercitar dicha facultad. Cabría insertar algún texto respecto, no sólo en el comentario (p. ej. en su párr. 539), sino también en las recomendaciones.

Cabe hacer las siguientes observaciones adicionales respecto de la reorganización de la empresa:

- Para evitar toda discrecionalidad judicial excesiva (así como, las demoras prolongadas a que suele dar lugar), las recomendaciones 123) y 125) deberían precisar cuáles son los supuestos en los que cabría prorrogar el plazo de exclusividad y el plazo para la presentación del plan, o deberían indicar, al menos, ciertos motivos bien definidos para la concesión de dichas prórrogas.
- Procedería retener sin modificaciones los textos entre corchetes, eliminando dichos corchetes, en las recomendaciones 128) b) i) y c) v) a vii), y 138) e) y f).
- En la recomendación 139) a) y b), la remisión que se hace a las recomendaciones 142 y 144 debería hacerse probablemente a las recomendaciones 138 y 140.
- Respecto de la vía de reorganización agilizada, cabría eliminar el texto entre corchetes de la recomendación 146) b), ya que no es probable que dichas vías de votación hayan sido previstas en muchas economías de mercado emergentes.
- No está clara la importancia del requisito enunciado en la recomendación 150) de que se notifique "individualmente" a los acreedores la apertura de un procedimiento agilizado. Debemos observar, no obstante, que se está

[4] El texto actual (recomendación 130)) dice únicamente que el régimen deberá prever "la posibilidad de que los acreedores puedan votar o no por categorías en función de sus respectivos de derechos", lo que no significa que se prevea la posibilidad de subdividir a los acreedores *ordinarios* en otras subcategorías.

recurriendo cada vez más a la vía de reorganización agilizada no sólo respecto de acreedores bancarios que son fáciles de identificar sino respecto de acreedores dispersos que son simples tenedores de bonos u obligaciones bursátiles. Por ello, convendría que el procedimiento agilizado no obligara al representante de la insolvencia a notificar por separado a cada acreedor, sino que le permitiera dar dicho aviso a través de un síndico o de cualquier otro mecanismo bursátil estipulado en dichos bonos u obligaciones.

- En la recomendación 153) parece preferible la primera variante presentada entre corchetes, dado que restablecería los derechos originarios de los acreedores en el supuesto de que fracase el plan de reorganización agilizada. La segunda variante entre corchetes, por la que se pide la conversión del procedimiento en un procedimiento de liquidación, al fracasar la ejecución del plan confirmado tal vez haga que el deudor se sienta reacio a recurrir a la vía expeditiva, demorando el momento en que debería comenzar hacer frente a sus dificultades financieras.

3. **Glosario**

Seguimos abrigando las siguientes inquietudes respecto del Glosario, que ya fueron señaladas en anteriores ocasiones:

Empleo del término "tribunal": En el párrafo 5 del Glosario debería precisarse que cualquier otra vía, que se prevea como una alternativa de la vía judicial, podrá ser una opción válida, siempre que *la vía alternativa considerada esté permitida por la ley del foro competente*. Es preciso tener en cuenta que la mayoría de los ordenamientos jurídicos imponen ciertos límites *constitucionales* al abandono de la vía judicial y a su sustitución por una vía administrativa distinta de la judicial. Por consiguiente, aun cuando sea posible tramitar la insolvencia ante algún órgano administrativo, las partes involucradas en un procedimiento de insolvencia estarán siempre facultadas para llevar su controversia, en última instancia, ante un *tribunal judicial*.

"Protección del valor de los bienes gravados": Cabría suprimir la larga descripción que se da en el glosario de esta expresión, por razón de la complejidad de la noción descrita, así como de la posibilidad de adoptar un enfoque distinto (como el de amparar el valor del crédito garantizado), no descrito en el Glosario, y por razón de que esta noción se examina con mayor detalle y claridad en la segunda parte de la Guía.

"Deuda garantizada": La primera definición entre corchetes (cuantía global de los créditos garantizados) es preferible a la segunda (créditos correspondientes a los acreedores garantizados), aun cuando ninguna de las dos definiciones sea plenamente clara. El rasgo principal reconocido en otros lugares de la Guía (y contradicho en la segunda definición), es que el alcance de la cobertura del crédito por la garantía vendrá determinado por el *menor de dos valores*: el valor del crédito garantizado o el valor del bien gravado. Cabría por ello aclarar en el Glosario que sólo cabrá considerar como "deuda garantizada" la cuantía del crédito garantizado que esté cubierta por el valor del bien gravado, ya que cualquier otro criterio reportaría al acreedor un valor superior al negociado.

"Garantía real": La primera oración de la definición es inexacta, por lo que debería suprimirse. En primer lugar, (y conforme se observa en la segunda oración), no es

preciso que la garantía real sea otorgada por una de las partes, ya que también puede ser constituida sin acto voluntario alguno de las partes o por imperativo legal. En segundo lugar, la garantía real no "compromete" de por sí al deudor a pagar o cumplir con su obligación; el compromiso de pagar o de cumplir una obligación *nace del contrato subyacente*, y la garantía real se limita a otorgar al acreedor cierto derecho en el supuesto de que el deudor incumpla su obligación de pagar o de efectuar alguna prestación.

"Paralización de las actuaciones": Además de las acciones concernientes a los bienes, los derechos, las obligaciones y las deudas del deudor, tal vez procedería hablar de *toda acción dirigida contra el deudor*.

"Acreedor no garantizado": En relación con la observación que se hizo respecto de "deuda garantizada", cabría aclarar que la noción de "acreedor no garantizado" puede abarcar a un acreedor garantizado en la medida en que el valor de su crédito sea superior al del bien gravado.

4. Marco institucional

En relación con la observación efectuada anteriormente en lo concerniente a la definición de "tribunal", el párrafo 75 debería aclarar que, aun cuando se dé al representante de la insolvencia o a algún tercero un amplio mandato a fin de limitar en lo posible la intervención judicial, esa intervención seguirá siendo necesaria en la mayoría de los ordenamientos *tan pronto como surja algún desacuerdo respecto de alguna competencia asignada al representante de la insolvencia*, lo que demuestra, a su vez, la conveniencia de reforzar la capacidad operativa de la judicatura en aquellos países en donde pudiera resultar insuficiente. El texto actual del comentario, en dicho párrafo, podría ser equivocadamente leído en el sentido de que cabe prescindir de la actuación judicial (y aplazar, por tanto, el desarrollo de la capacidad de la judicatura), lo que no es exacto.

5. Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

Si bien somos conscientes de que este asunto se examina con más detalle en otras partes de la Guía, esta sección (en particular su párr. 160) debería indicar más claramente que deberá otorgarse una protección adecuada en todo supuesto en que un bien gravado haya de seguir formando parte de la masa de la insolvencia. Por ejemplo, procedería decir en la primera oración del párrafo 160, al hablar de los bienes gravados que formen parte de la masa, que dichos bienes ***deberán*** (no meramente "podrán") ***ser*** objeto de cierta protección. La última oración de dicho párrafo debería indicar asimismo explícitamente que el régimen de la insolvencia *deberá amparar explícitamente los derechos reales de los acreedores garantizados sobre los bienes gravados*.

El comentario (párr. 173) observa acertadamente que existen diferencias de un ordenamiento a otro respecto de si la fecha de constitución de la masa será la fecha de solicitud o de declaración de apertura del procedimiento, o algún otro hecho. Ahora bien, la cláusula de "finalidad" de esta sección deberá reformularse en términos que reflejen estas distintas posibilidades dado que el texto actual habla únicamente de los bienes que formarán parte de la masa de la insolvencia al *abrirse* un procedimiento.

6. Protección y conservación de la masa de la insolvencia

Esta sección concluye que procederá exceptuar de la paralización toda actuación procesal que sea necesaria para preservar un crédito contra el deudor (por ejemplo la recomendación 35) y los párrs. 182 y 184). No nos parece mal el resultado de dicha excepción, pero nos preguntamos si no cabría obtener dicho resultado, sin necesidad de una excepción, definiendo la paralización en términos que permitan interrumpir el curso normal de la prescripción de todo crédito frente al deudor. Si se interrumpe el curso de la prescripción mientras dure la paralización de las actuaciones, el acreedor podrá presentar su crédito frente al deudor el día en que se levante la paralización al igual que lo hubiera hecho el día que se impuso la paralización. Si esa paralización del curso de la prescripción está ya prevista en el concepto actual de la paralización enunciada en la Guía, entonces cabe preguntarse con mayor razón cuál es la necesidad de una excepción para "preservar crédito" alguno frente al deudor.

Al examinar la técnica para amparar el valor de toda fracción garantizada de un crédito, el texto del párrafo 215 podría señalar que este enfoque resulta mucho más sencillo que el de tratar de amparar el valor del bien gravado, debido en particular a que el primer enfoque elimina la necesidad de una valoración continua y compleja del bien gravado requerida por el segundo enfoque. Pese a no haber sido examinado detalladamente en la Guía, el primer enfoque puede ser el más indicado para todo país que carezca del marco institucional requerido para llevar a cabo una valoración continua y, a veces, complicada de los bienes gravados.

Cabe hacer las siguientes observaciones adicionales respecto de la preservación de la masa:

- Convendría suprimir el texto entre corchetes de la recomendación 38) b), que enuncia una consideración que complicaría aún más la valoración del bien gravado;
- Al poder afectar una medida cautelar a alguna parte que no sea el deudor, el párrafo 199 debería examinar la necesidad de notificar a *toda parte afectada en general* (y no únicamente al deudor);
- En la versión inglesa falta el subtítulo "*ii) Liquidación*" justo antes del comienzo del párrafo 188.

7. Utilización y disposición de los bienes

El párrafo 237 indica que todo "beneficio" que reporte a la masa de la insolvencia el hecho de que se sigan utilizando bienes de terceros deberá ser remunerado por la masa a título de gasto administrativo. En vez de hablar, en sentido subjetivo y restrictivo, del "beneficio" reportado a la masa, debería hablarse de que *todo* crédito adquirido por un tercero, a resultas de que se sigan utilizando sus bienes en provecho de la masa, deberá ser tratado como gasto administrativo. Cabría reformular el párrafo 237 para dar entrada a este concepto.

En la última oración del párrafo 220, cabría sustituir la expresión "en particular" por "*por ejemplo*".

8. Régimen aplicable a los contratos

El examen actual de las cláusulas de aplicación *ipso facto* se refiere únicamente a las cláusulas de *resolución ipso facto* del contrato. La Guía podría tratar del enfoque adoptado por el derecho interno respecto de la anulación o aceptación de otros tipos de cláusulas *ipso facto* (p. ej. las cláusulas por las que se exija, a título penalizador, el pago de algún interés o de alguna carga especial a raíz de la insolvencia del deudor o de algún otro hecho que pueda ser indicio de insolvencia).

Por razón similar a lo anteriormente dicho respecto de la utilización y disposición de los bienes, convendría reformular el texto del párrafo 270, en lo referente al reembolso a título de gasto administrativo de todo "beneficio reportado" a la masa por un contrato subsiguientemente rechazado, en términos por los que se limite dicho reembolso a todo *pago* por concepto de dicho contrato *que venza* antes de que el contrato haya sido rechazado.

Estamos plenamente de acuerdo en que la ley podrá limitar los créditos nacidos a raíz del rechazo de un contrato de larga duración (rec. 68). El comentario examina esta cuestión únicamente respecto de ciertos *arriendos* a largo plazo (párr. 265) por lo que debería ser ampliado a otros supuestos. En términos más generales, se diría que el examen global de la indemnización abonable por rechazo de un contrato (párrs. 281 y 282) podría ser reformulado en términos que dieran mayor margen para que el régimen de la insolvencia limite al alcance de dicha indemnización en todo supuesto donde pueda ser procedente (p. ej. no sólo en supuestos de contratos de larga duración, sino también en casos en los que se imponga, a título penalizador, algún interés o carga por el incumplimiento que dé lugar a que sea reclamable un crédito muy superior al crédito originario). El texto actual por el cual se remite al derecho general aplicable para determinar el cálculo de la indemnización no parece adecuado, ya que es sumamente improbable que el derecho general aplicable limite una indemnización, por lo demás admisible, para evitar que el monto de dicha indemnización pueda reducir proporcionalmente los créditos de los demás acreedores envueltos en un procedimiento de insolvencia.

9. Procedimiento de impugnación

No está claro por qué se ha incluido al "acreedor potencial" en la definición de "toda operación por la que se trate de impedir, demorar o obstaculizar el cobro de sus créditos por los acreedores" (rec. 73) y párr. 314), dado en particular que la razón principal de las reglas en materia de impugnación es la de revocar toda operación que sea contraria al principio del trato equitativo que se ha de dar a todo *acreedor actual*. Cabe señalar que ésta parece ser la única categoría de operación impugnable que se define en función de un grupo que no esté formado por acreedores actuales, o que lo sean efectivamente, de la masa de la insolvencia. Convendría aclarar en la Guía la razón de ser de esta regla especial (indicando asimismo que la problemática de la prueba descrita en la Guía se verá notablemente agravada cuando se trate de precisar la intención de las partes en una operación supuestamente en fraude de "un acreedor potencial"). De no haberse incluido dicha referencia por algún motivo especial, debería suprimirse para evitar confusiones.

Las excepciones enunciadas como oponibles a toda acción de impugnación (rec. 82)) parecen ser demasiado limitativas, al no incluir a) las operaciones concertadas en un procedimiento de reorganización agilizado o a título de ensayo en el marco de un acuerdo voluntario o b) las operaciones concertadas en un

procedimiento de reorganización (o de reorganización agilizada) que no sea ulteriormente convertido en un procedimiento de liquidación[5]. Cabría mencionar dichas operaciones entre las que constituyen una excepción oponible frente a la impugnación de la operación (o cabría explicar por qué dicha mención no sería procedente).

Por último, desearíamos que se retuviera, sin los corchetes, la oración colocada entre corchetes en la recomendación 81).

10. **Participantes**

Para no dar a entender que se asigna el cometido allí descrito a todo representante de la insolvencia, cabría suprimir los corchetes en la recomendación 95) c) y reformular la frase entre corchetes para que diga "si se nombra un representante de la insolvencia *para dichas funciones* ...".

11. **Régimen aplicable a los créditos de los acreedores**

Una premisa básica de esta sección, la de que los créditos excluidos del procedimiento de insolvencia serán judicialmente incobrables (véase, en particular, párr. 571), no es necesariamente correcta, ya que, conforme a cierto número de regímenes de la insolvencia, ciertos créditos que no hayan sido reconocidos en el marco del procedimiento de insolvencia (por ejemplo, los créditos fiscales o ciertos créditos garantizados) podrán ser reclamados por vía judicial al margen del procedimiento de insolvencia o paralelamente a dicho procedimiento. Por ello, cabría distinguir entre los efectos de: i) declarar extinguido todo crédito que haya sido excluido del procedimiento de insolvencia; y ii) preservar alguna vía alternativa para reclamar el cobro de aquellos créditos que hayan sido excluidos del procedimiento de insolvencia. Por razones similares, debería decirse explícitamente en el comentario que lo que se trata es de prever las consecuencias del hecho de no haberse presentado, en el procedimiento de insolvencia, un crédito que debiera haberse presentado, y no de regular los créditos cuyo cobro pueda o deba ser reclamado por alguna otra vía al margen de la insolvencia.

12. **Prioridades y distribución**

En el párrafo 631, cabe encontrar una curiosa referencia a la "necesidad de hacer cumplir obligaciones internacionales" a título de factor que puede ser pertinente a la hora de otorgar rango privilegiado a alguna deuda de una empresa colectiva o individual. Sería conveniente explicar el motivo de dicha referencia ya que cabría, de lo contrario, entenderla como referida a las obligaciones internacionales de un *deudor público o estatal* (lo que daría lugar al malentendido de que la Guía imparte asimismo orientación respecto de la insolvencia de entidades soberanas o estatales).

13. **Exoneración**

El comentario examina el tema de la exoneración eventual de una persona jurídica en el curso de un procedimiento de reorganización, sin que el contenido de dicho

[5] Por su parte, el comentario (párr. 329) señala, con esta acción como excepción que será oponible frente a la impugnación, todo pago que se haya efectuado en el curso de un procedimiento de reorganización agilizado o de un acuerdo de reorganización voluntaria aun cuando limite la invocabilidad de esta excepción al supuesto de que el procedimiento se haya transformado en un procedimiento de liquidación.

examen haya sido reflejado en las recomendaciones. Cabe sugerir que la importancia de esta cuestión justifica que sea objeto de alguna recomendación.

A/CN.9/558/Add.1

Proyecto de la guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia: compilación de observaciones presentadas por organizaciones internacionales

ADICIÓN

España

Observaciones que presenta España en relación con el proyecto de guía de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia

1. Introducción

El Gobierno de España celebra la pronta ultimación de la labor llevada a cabo por la CNUDMI para una Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, que fue solicitada en el 33º período de sesiones de la Comisión (2000).

Igualmente manifiesta su satisfacción ante la extraordinaria calidad del documento. Por eso desea, en primer término, felicitar a la secretaría de la CNUDMI por la intensa y continua labor desempeñada, así como a todos los Estados miembros y observadores, a las organizaciones internacionales y a las organizaciones profesionales, que han hecho posible tan sobresaliente resultado.

Las anteriores expresiones se justifican por la necesaria actualización del Derecho de insolvencia aplicado en amplias áreas geográficas, finalidad a la que atiende la Guía con un grado de pericia muy elevado. Tanto que, de seguirse las recomendaciones en ella fijadas, se incrementará el grado de seguridad jurídica en el tráfico internacional, con lo cual resulta fácil predecir una elevación de la intensidad de los flujos industriales, comerciales y financieros en ese ámbito, sin contar con los beneficiosos efectos internos que se registrarán en las economías nacionales.

El efecto natural de lo anterior en la mejora en el nivel de vida de todas las regiones del Globo y, en particular, de las más desfavorecidas, conduce a saludar con satisfacción el nuevo fruto de la labor de la CNUDMI, pues la Guía está llamada a convertirse en un importante instrumento para el desarrollo, ya que la previsibilidad jurídica que la sustenta y por la que aboga incrementará los intercambios empresariales.

España ha adoptado recientemente una Ley Concursal que pone fin a muchas décadas de desordenado régimen jurídico de la insolvencia. Nuestra Ley, inspirada en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre la Insolvencia Transfronteriza, como reconoce en su Exposición de Motivos, ha recogido las líneas maestras del Derecho de la insolvencia más novedoso de algunos países europeos y, en algún caso, de otras áreas geográficas, con lo que marca un nuevo hito en el progreso y la modernización de las normas nacionales en esa materia.

Parecía pues inevitable leer la Guía cotejándola con nuestro nuevo Derecho nacional. Ese ejercicio de comparación resulta altamente satisfactorio, por una parte, ante la casi completa coincidencia en el elenco de los temas basilares de la institución concursal y, por otra, por la orientación de las recomendaciones.

Tan es así, que la primera observación podría ser la de recomendar a la secretaría de UNCITRAL que propusiese adjuntar como anexo al documento algunos ejemplos de legislaciones más recientes que desarrollan y completan las líneas legislativas previstas en la Guía. En ese elenco habría de figurar, desde luego, nuestra nueva Ley Concursal.

Es lógico, igualmente, que la tarea desarrollada con nuestra Ley Concursal, los debates preliminares entre expertos sobre el texto y su propia tramitación parlamentaria, orienten las dos únicas observaciones de fondo que podrían plantearse sobre la Guía: el tema de las relaciones entre el representante de la insolvencia y el comité de acreedores, en primer término, y la sección dedicada a las negociaciones voluntarias de reestructuración, en segundo lugar.

Antes de entrar en esos dos aspectos a los que seguirán algunas cuestiones de índole menor y otras de forma detectadas en la versión en nuestro idioma, conviene poner de relieve la idoneidad global del documento, en lo más general y en lo más particular, desde las cuestiones de detalle a la orientación que lo preside.

2. Negociaciones voluntarias de reestructuración y procedimientos agilizados de reorganización

La dificultad principal que pueden plantear es la de su encaje en la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia. Efectivamente, la materia de ésta se encuentra alejada del ámbito contractual estricto y se aproxima más a unas coordenadas en las que los intervinientes aceptan la reducción de sus libres facultades en pro del interés común del Concurso.

Por el contrario, las llamadas negociaciones voluntarias de reestructuración (y, en lo que con esa institución comparten los procedimientos agilizados de reorganización), como su propio nombre indica y como se aprecia en la exposición de sus fundamentos y en las recomendaciones, participan más del carácter contractual o negocial que, en cierta medida, se encuentra alejado de las esferas tradicionales del Derecho de la insolvencia.

Tratándose de un sistema novedoso y útil, probablemente sería preferible separar la sección pertinente del cuerpo general del documento a fin de que constituyese un apéndice, para así llamar la atención de los legisladores sobre la conveniencia y oportunidad de enunciar de una forma más concreta en los ordenamientos nacionales tal procedimiento contractual plurilateral, que podría evitar, anticipándose, los perniciosos efectos de la insolvencia declarada.

El análisis de la anterior observación desde nuestro nuevo Derecho de concursos permite ofrecer una alternativa para resolver el encaje de los acuerdos extrajudiciales entre el deudor y una parte sustancial de sus acreedores en el régimen legal de la insolvencia. Se trata de lo que en la Ley Concursal se denomina “propuesta anticipada de convenio”. Esa fórmula permite, en los albores del procedimiento concursal, que el deudor, con el respaldo de acreedores cuyos créditos representen más de una quinta parte del total de los declarados, presente un

plan de pagos y, en su caso, de viabilidad. La posibilidad de la pronta adhesión de los demás acreedores y de la subsiguiente sentencia favorable del juez revalida un proyecto para la secuencia de las actividades empresariales del deudor que, claramente, ha de contar con el favor de los acreedores más representativos.

Así se logran todos los efectos positivos del procedimiento de insolvencia, particularmente, la paralización de las acciones de los distintos acreedores contra el patrimonio del deudor y la hipotética reorganización de sus actividades, con el convenio de los acreedores (o al menos de gran parte de ellos). Igualmente permite dar transparencia al procedimiento que, de otro modo, podría verse aminorada y así garantiza un adecuado equilibrio entre los intereses de todos los implicados. Claro está, si la "propuesta anticipada de convenio" carece del favor de la mayoría de los acreedores, el procedimiento de insolvencia habrá de seguir por el cauce ordinario previsto.

3. Relaciones entre el representante de la insolvencia y el comité de acreedores

La Guía mantiene como cuerpos separados al representante de la insolvencia y al comité de acreedores. La buena lógica que sustenta tal separación puede dejar de tener sentido cuando el comité de acreedores ejerce funciones relacionadas con el representante de la insolvencia (véanse los números marginales 466 y 467, *in fine*).

De ahí que quizá resulte preferible convertir la figura del representante de la insolvencia en un órgano integrado por varias personas, como preferencia general, manteniendo como excepción, para insolvencias de trascendencia menor, la persona del representante de la insolvencia.

El órgano pluripersonal constaría, según nuestra propuesta, de un representante de los acreedores (quizá de los no garantizados) y de otros dos expertos (en derecho mercantil y en ciencias empresariales) independientes. De esa forma quizá se facilite la coordinación entre los acreedores y la llevanza ordinaria de las tareas encomendadas al representante de la insolvencia.

De otro modo, la figura del comité de acreedores podría interferir en las funciones del representante de la insolvencia y quizá también afectar a la participación de los acreedores en el proceso decisorio. Es posible que una relectura conjunta de esas secciones (las de la junta de acreedores y las del comité) pueda concluir con una aminoración de las funciones encomendadas a éste, si quedan distribuidas entre una administración concursal (del corte que se propone, particularmente si cuenta con la representación de los acreedores) y la junta.

4. Otras observaciones

a) Quizá sería preferible que en este documento se editara el glosario a doble columna, una en nuestro idioma y otra para la versión en inglés, pues de ese modo se orillarían los inevitables obstáculos derivados de las diferencias idiomáticas.

b) En los párrafos 19 y 20, particularmente en este último, quizá convendría señalar los sectores particularmente sensibles en la materia y que sería preciso proteger: la banca, los seguros y el mercado de valores. Ese triple ámbito podría mencionarse igualmente en los párrafos 70 y 71 (como se hace en el párrafo 91).

c) En el primer párrafo de la sección titulada "Finalidad de las disposiciones legales" de las recomendaciones correspondientes a la letra A del capítulo II (Bienes que constituyen la masa de la insolvencia), (pág. 83), no se hace alusión al patrimonio de la insolvencia del deudor, a diferencia de lo que acaece en otras secciones paralelas en las que se alude al marco general del objetivo o propósito que han de perseguir las disposiciones normativas.

d) En la primera línea del párrafo 188 (pág. 88) habría que suprimir la preposición "de", antes de la palabra "si".

e) En la séptima línea del párrafo 198, se ha deslizado un error, pues se ha traducido "assets" (activos o bienes) por "billetes".

f) El título de la recomendación 44 (pág. 111) está sin traducir y podría ser "venta al margen del curso ordinario de los negocios".

g) En el párrafo 245 (tercera frase) (pág. 114) se lee: "una segunda clase de prestamistas será aquel". La expresión quizá hubiera de ser: "una segunda clase de prestamistas será la de aquel", para mantener el sentido general de la frase, si bien ese conjunto de expresiones no parece muy afortunada.

h) El párrafo 511 inicia su segunda frase con un "Sí" (afirmativo), que debería ser un "Si" (condicional).

i) En línea con la primera indicación de fondo que se efectúa más arriba, convendría repasar los términos que se emplean para los procedimientos de reorganización agilizados. Concretamente, puede sorprender, frente al tono general del documento en nuestro idioma, el recurso al presente de indicativo ("constituyen"), a diferencia de las formas condicionales o del futuro imperfecto ("pueden constituir", "constituirían", "constituirán", etc.), en el apartado a) de "Finalidad de las disposiciones legales", que sigue al párrafo 565 (pág. 237).

j) En la segunda línea del párrafo 614, de la versión en español, se habla de "derechos jurídicos", cuando debería decir "derechos legales", por contraposición a los contractuales.

k) En la recomendación 173 (pág. 266), habría que corregir la palabra inicial "le" para que dijera "La ley".

K. Proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia: textos revisados de A/CN.9/WG.V/WP.70

(A/CN.9/559 y Add.1 a 3) [Original: inglés]

1. La presente nota versa sobre los términos del glosario que figuran en la primera parte del documento A/CN.9/WG.V/WP.70 que han sido examinados y finalizados por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en su 30º período de sesiones (29 de marzo a 2 de abril de 2004), junto con algunas revisiones que se hicieron en el texto de la sección denominada "Notas sobre la terminología utilizada en la *Guía*". Los términos del glosario cuya formulación no fue finalizada por el Grupo de Trabajo V (es decir, "crédito", "apertura del procedimiento", "compensación global por saldos netos", "giro normal del negocio", "preferencia", "prelación") así como los términos que figuran en la versión inglesa de la primera parte del documento A/CN.9/WG.V/WP.70 desde "*related person*" ("persona allegada") a "*voluntary restructuring negotiations*" ("negociación voluntaria de la reorganización") serán presentados en un documento subsiguiente, al examen de la Comisión en su 37º período de sesiones. Se han suprimido los términos "solicitud de apertura de procedimiento de insolvencia", "deudor", "autoridad gubernamental" y "reglas de prelación".

Introducción

2. Glosario

A. Notas sobre la terminología utilizada de la *Guía*

2. Debe revisarse la segunda oración del párrafo 5 como sigue:

"Si bien esa intervención puede ser apropiada como principio general, cabe considerar otras opciones, por ejemplo cuando los tribunales no estén en condiciones de asumir dicho cometido en el curso del procedimiento (ya sea por falta de recursos o por falta de la pericia requerida) o cuando se prefiera que la supervisión esté a cargo de algún otro órgano ~~entidad administrativa~~ (véase la primera parte, capítulo III, Marco institucional)." [*suprímase la segunda oración*]

3. Se ha sugerido insertar el siguiente texto al final del párrafo 6:

"Una autoridad u órgano que preste servicios de apoyo o cumpla algún cometido definido en el procedimiento de insolvencia, pero que no cumpla ninguna función judicialmente resolutoria en dicho procedimiento, no sería designable por el término de "tribunal" en el sentido en que se utiliza dicho término en la *Guía*".

4. Debe suprimirse en el párrafo 7 la mención del término "derecho" sustituyéndola por la del término "insolvencia", por ser éste el término más indicado para referirse en la Guía al régimen de la insolvencia y evitar toda confusión entre una remisión al régimen de la insolvencia y una remisión al derecho que pueda ser por lo demás aplicable.

B. Términos y definiciones

5. Los términos del glosario deberán reformularse como sigue:

a) Crédito o gasto administrativo

Todo crédito frente a la masa por concepto de gastos del procedimiento como pudiera ser la remuneración del representante de la insolvencia y de todo profesional que el representante haya de emplear en el ejercicio de su cometido, así como los gastos que suponga el hecho de mantener la empresa en funcionamiento, las deudas contraídas por el representante de la insolvencia en el ejercicio de sus funciones y en el cumplimiento de su cometido, los gastos dimanantes de toda obligación legal o contractual que se mantenga, y las costas procesales.

b) Bienes del deudor

Todo bien y derecho del deudor, así como todo derecho real sobre bienes que obren o no en su posesión, ya sea corporales o inmateriales, muebles o inmuebles, y todo derecho del deudor sobre bienes gravados por alguna garantía real o sobre bienes que sean propiedad de un tercero.

c) Disposiciones aplicables en materia de impugnación

Son aquellas disposiciones del régimen de la insolvencia que permiten anular o dejar sin efecto ciertas operaciones de transferencia de bienes o que sean fuente de obligaciones, que hayan sido concertadas con anterioridad al procedimiento de insolvencia, o que permiten recuperar los bienes transferidos o su valor en aras del interés colectivo de los acreedores.

d) Bienes gravosos

Bienes que sean de escaso o de ningún valor para la masa de la insolvencia o que estén de tal modo gravados que su retención supondría gastos superiores al producto que reportaría su liquidación, o bienes que den lugar a una onerosa obligación de pago o de otra índole.

e) Producto en efectivo

Producto reportado por la venta de bienes gravados en la medida en que dicho producto sea a su vez objeto de una garantía real.

f) Centro de los principales intereses

Lugar donde el deudor lleve a cabo con regularidad la gestión de su negocio y que sea reconocible, en su calidad de tal, por terceros[1].

g) Comité de acreedores

Órgano representativo de los acreedores cuyos miembros son nombrados de conformidad con el régimen de la insolvencia y que gozará de toda facultad consultiva y de otra índole que le sea asignada por el régimen de la insolvencia.

---

[1] Reglamento (CE) Núm. 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre el procedimiento de insolvencia, considerando 13.

h) Exoneración

Liberación del deudor de créditos que hayan sido o puedan ser presentados en el procedimiento de insolvencia.

i) Acto de disposición

Todo acto por el que su autor transfiera o se deshaga de un bien o de un derecho sobre un bien, ya sea total o parcialmente.

j) Bien gravado

Todo bien sobre el cual un acreedor haya obtenido una garantía real.

k) Titular de capital social

El tenedor de acciones o de otros títulos similares emitidos por una sociedad o empresa comercial que supongan para su tenedor el reconocimiento de un derecho de propiedad sobre una fracción del capital de la empresa proporcional a la cuantía de títulos que obren en poder de dicho tenedor.

l) Establecimiento

Todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios[2].

m) Contrato financiero

Toda operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones u obligaciones bursátiles, índices u otros instrumentos financieros, así como toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero o toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas[3].

n) Insolvencia

Estado de un deudor que no pueda atender al pago general de sus deudas a su vencimiento o estado financiero de una empresa cuyo pasivo exigible exceda del valor de su activo realizable.

o) Masa de la insolvencia

Bienes del deudor que hayan quedado sujetos al procedimiento de insolvencia.

p) Procedimiento de insolvencia

Procedimiento colectivo sujeto a supervisión judicial, que se sustancia con miras a la reorganización o liquidación de una empresa insolvente.

q) Representante de la insolvencia

La persona o la entidad, incluso cuando su designación sea a título provisional, que haya sido facultada en un procedimiento de insolvencia para administrar la reorganización o la liquidación de la masa de la insolvencia.

---

[2] Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, art. 2 f).

[3] Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2002), artículo 5 k).

r) Liquidación

Procedimiento seguido para la venta o la enajenación de los bienes con miras a la distribución del producto así obtenido entre los acreedores de conformidad con el régimen de la insolvencia.

s) Lex fori concursus

La ley del foro ante el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia.

t) Lex rei situs

La ley del Estado en donde esté ubicado el bien considerado.

u) Acuerdo de compensación global

Toda modalidad de contrato financiero entre dos o más partes que prevea una o más de las siguientes operaciones:

i) La liquidación neta de los pagos abonables en una misma moneda y vencidos en una misma fecha, ya sea por novación o de alguna otra forma;

ii) A raíz de la insolvencia o de otro tipo de incumplimiento de una de las partes en dicho acuerdo, la liquidación de todas las operaciones pendientes a su valor real de mercado o a su valor de sustitución, para la conversión de las sumas resultantes a una sola moneda y a un único saldo neto que una de las partes abonará a la otra; o

iii) La compensación de los saldos calculados en la forma indicada en el inciso ii) de la presente definición que sean adeudados en virtud de dos o más acuerdos de compensación global[4].

v) Pari passu

Principio conforme al cual los acreedores de rango o condición similar serán tratados por igual y sus créditos serán satisfechos en proporción al importe de su crédito con cargo a los bienes de la masa que estén disponibles para su distribución entre los acreedores de su rango.

w) Parte interesada

Toda persona cuyos derechos, obligaciones u otros intereses puedan verse afectados por el procedimiento de insolvencia o por algún incidente dimanante del mismo, entre las que figurará el deudor, el representante de la insolvencia, todo acreedor, todo tenedor de alguna participación en el capital social de la empresa, el comité de acreedores, toda entidad pública o toda otra persona que pueda verse igualmente afectada. Ello no deberá dar lugar a que una persona con un interés remoto o difuso que pueda verse afectado por el procedimiento de insolvencia pueda ser tenida por parte interesada en dicho procedimiento.

---

[4] Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional artículo 5 1), (2002).

x) Crédito posterior a la apertura del procedimiento

Todo crédito nacido de algún acto u omisión ocurrido con posterioridad a la apertura del procedimiento.

y) Crédito prioritario

Todo crédito que sea abonable con anterioridad al pago de los acreedores ordinarios y no garantizados.

z) Protección del valor

Toda medida destinada a preservar el valor económico de una garantía real en el curso del procedimiento de insolvencia (en algunos ordenamientos se habla del "amparo debido"). Dicho valor podrá ampararse mediante pagos en efectivo, la constitución de una garantía real sobre bienes adicionales o sustitutivos, o por cualquier otro medio que a juicio del tribunal pueda prestar la protección requerida.

A/CN.9/559/Add.1

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia: textos revisados de A/CN.9/WG.V/WP.70

ADICIÓN

1. En la presente nota se recogen los cambios y los textos agregados a las recomendaciones que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.70, parte I y II, y A/CN.9/WG.V/WP.72 a raíz de las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo V en su 30º período de sesiones (marzo-abril de 2004) (el informe sobre ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/551). La numeración de las recomendaciones sigue siendo la misma; cuando se ha modificado el orden de las recomendaciones, la numeración no es correlativa. Los números de recomendación que aparecen indicados como "40 A)" corresponden a recomendaciones agregadas durante el 30º período de sesiones del Grupo de Trabajo V. Los textos entre corchetes son los que se agregaron o revisaron después de dicho período de sesiones.

2. Por razones de economía, las recomendaciones no revisadas no se han reproducido en el presente documento y sus textos siguen siendo los mismos que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.70 (recomendaciones 1 a 187) y A/CN.9/WG.V/WP.72 (recomendaciones 179 a 184 sobre el derecho aplicable). Cuando alguna parte de las recomendaciones enunciadas en el presente documento no ha sido revisada, se omite su texto y en su lugar se insertan las palabras "*sin cambios*". Las recomendaciones relativas a la reorganización (A/CN.9/WG.V/WP.70, part II, capítulo IV) figuran en el documento A/CN.9/559/Add.3. Las notas de pie de página referentes a las recomendaciones no se han reproducido, salvo cuando han sido enmendadas o suprimidas.

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

1) El texto de la recomendación 1 figura en el párrafo 111 del documento A/CN.9/551.

2) El texto de la recomendación 2 figura como recomendación 7 en el documento A/CN.9/WG.V/WP.70, part I.

3) El texto de la recomendación 3 figura como recomendación 179 en el documento A/CN.9/WG.V/WP.72.

4) El texto de la recomendación 4 figura como recomendación 74 a) en el documento A/CN.9/WG.V/WP.70, part II, y debería enmendarse como sigue:

> El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de otra regla de derecho, será reconocida, en un procedimiento de insolvencia, como eficaz y ejecutable.

5) El régimen de la insolvencia debería prever un marco moderno, armonizado y equitativo que permita dirimir eficazmente casos de insolvencia transfronteriza. Se recomienda a los Estados que incorporen a su derecho interno la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

6) El texto de la recomendación 6 figura como recomendación 2 en el párrafo 112 del documento A/CN.9/551.

7) El texto de la recomendación 7 figura como recomendación 3 en el párrafo 113 del documento A/CN.9/551. Deberían agregársele los cinco apartados siguientes:

> (..) La determinación de los bienes del deudor que estarán sujetos al procedimiento de insolvencia y que constituirán la masa de la insolvencia;
>
> (..) Los derechos y obligaciones del deudor;
>
> (..) Los deberes y funciones del representante de la insolvencia;
>
> (..) Las funciones de los acreedores y del comité de acreedores;
>
> (..) Los costos y gastos derivados del procedimiento de insolvencia;

y deberían enmendarse como sigue los siguientes apartados:

> d) La protección de la masa de la insolvencia frente a las demandas de los acreedores, del propio deudor y del representante de la insolvencia y, cuando las salvaguardias sean aplicables a los acreedores garantizados, el modo en que se protegerá el valor económico de la garantía real durante el procedimiento de insolvencia;
>
> j) El trato que deberá darse a los créditos y su clasificación en categorías a los efectos de la distribución del producto de la liquidación;
>
> k) Suprimir este apartado;
>
> m) La liberación del deudor de sus deudas o la disolución de su empresa.

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

I. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia

A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción

Condiciones de admisibilidad

1) El régimen de la insolvencia debería regir los procedimientos de insolvencia entablados contra todos los deudores que se dediquen a actividades económicas, ya sean personas físicas o jurídicas, incluidas las empresas públicas, independientemente de que dichas actividades económicas se lleven a cabo con fines lucrativos o no.

B. Apertura del procedimiento

Apertura a instancia de un acreedor

13) El régimen de la insolvencia debería disponer en general que, cuando la solicitud de apertura sea presentada por un acreedor:

a) *(Sin cambios)*;

b) Deberá darse al deudor la oportunidad de reaccionar ante la solicitud, ya sea impugnándola o accediendo a ella o, cuando se solicite un procedimiento de liquidación, pidiendo la apertura de un procedimiento de reorganización; y

c) *(Sin cambios).*

C. Derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia

Reconocimiento de los derechos y créditos nacidos antes de la apertura

179) El régimen de la insolvencia debería reconocer los derechos y créditos nacidos en virtud del derecho general, ya sea del propio país o de otro Estado, salvo en la medida en que el régimen de la insolvencia imponga una limitación expresa al respecto.

II. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia

A. Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

Finalidad de las disposiciones legales

La finalidad de las disposiciones relativas al régimen de la insolvencia es:

a) Determinar los bienes que formarán parte de la masa de la insolvencia, incluidos los derechos del deudor sobre bienes sujetos a garantías reales y sobre bienes que sean propiedad de terceros; y

b) *(Sin cambios).*

Contenido de las disposiciones legales

Bienes que constituyen el patrimonio de la insolvencia

24) El régimen de la insolvencia debería especificar que la masa de la insolvencia estará integrada por:

a) Los bienes del deudo[28], incluidos los derechos que pueda tener el deudor sobre bienes sujetos a garantías reales o sobre bienes que sean propiedad de terceros;

b) *(Sin cambios)*;

c) *(Sin cambios).*

24 A) El régimen de la insolvencia debería especificar la fecha en que quedará constituida la masa, que podrá ser la de la solicitud de apertura o aquella en que se abra efectivamente el procedimiento de insolvencia.

B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia

Medidas cautelares

27) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá conceder una exención de carácter provisional a petición del deudor, de los acreedores o de terceros, si tal exención es necesaria para proteger y preservar el valor de los bienes del deudor o los intereses de los acreedores entre la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento[40], concretamente:

a) Paralizando la ejecución de medidas contra los bienes del deudor, incluidas las medidas encaminadas a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros y la ejecución de garantías reales;

b) *(Sin cambios)*;

c) *(Sin cambios)*; y

d) Imponiendo cualquier otra limitación aplicable [o prevista] en el momento de la apertura del procedimiento [en virtud de las recomendaciones 34 y 36].

Notificación

31) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando no se notifique una solicitud de medida cautelar al deudor o a otra parte interesada que se vea afectada por dicha medida, el deudor o dicha parte interesada tendrá derecho, previa

---

[28] La propiedad de los bienes se determinará con arreglo al derecho pertinente aplicable, entendiéndose globalmente por "bienes" todos los bienes, derechos y títulos del deudor, incluidos los derechos y títulos que éste pueda tener sobre bienes que sean propiedad de terceros.

[40] El régimen de la insolvencia debería especificar el momento a partir del cual surtirá efecto la medida cautelar, por ejemplo, el momento en que se haya dictado la medida o, retroactivamente, el momento de la apertura antes de que se dictara la medida, o en cualquier otro momento (véase el párrafo 192).

solicitud urgente, a exponer, con la mayor prontitud[42], sus argumentos antes de que el tribunal decida si debe mantenerse o no la dispensa de notificación.

Revocación de medidas cautelares en el momento de la apertura

33) El régimen de la insolvencia debería especificar que quedarán revocadas las medidas cautelares cuando se desestime una solicitud de apertura de procedimiento o cuando surtan efecto las medidas aplicables al abrirse un procedimiento, salvo si el tribunal opta por mantenerlas.

Medidas aplicables en el momento de la apertura

34) El régimen de la insolvencia debería especificar que, en el momento de apertura de un procedimiento de insolvencia:

a) *(Sin cambios)*;

b) Se paralizará toda acción encaminada a que las garantías reales sean eficaces contra terceros y a la ejecución de garantías reales[45];

c) *(Sin cambios)*;

d) *(Sin cambios)*;

e) *(Sin cambios)*.

Exención de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento

38) El régimen de la insolvencia debería especificar que un acreedor garantizado podrá solicitar al tribunal que lo exima de los efectos del tipo de medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento por motivos que pueden ser, entre otros:

a) *(Sin cambios)*;

b) El hecho de que el valor económico del bien gravado se esté mermando [a consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia] y de que no se hayan previsto salvaguardias para que el acreedor garantizado no se vea perjudicado por esa pérdida de valor; y

c) *(Sin cambios)*.

---

[42] Todo plazo que prevea el régimen de la insolvencia debería ser breve para impedir toda merma del valor de la empresa del deudor.

[45] Cuando el derecho al margen del régimen de la insolvencia permita que las garantías reales adquieran eficacia una vez transcurridos determinados plazos o períodos de gracia, es conveniente que dicho régimen reconozca esos períodos y que permita que una garantía real sea eficaz cuando la apertura del procedimiento de insolvencia se produzca antes de que expire el período de gracia. Cuando el derecho al margen del régimen de la insolvencia no prevea tales períodos de gracia, la paralización de las acciones aplicable en el momento de apertura impedirá que la garantía real adquiera eficacia (véanse otros análisis en los párrafos ... *supra* y en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas).

Protección frente a una merma del valor del bien gravado

39) El régimen de la insolvencia debería especificar que, previa solicitud al tribunal, el acreedor garantizado deberá gozar del derecho a que se preserve el valor de los bienes gravados que respalden su crédito. El tribunal podrá otorgar medidas cautelares, concretamente:

a) *(Sin cambios)*;

b) *(Sin cambios)*;

c) *(Sin cambios)*.

C. Utilización y disposición de los bienes

Finalidad de las disposiciones legales

La finalidad de las disposiciones sobre la utilización y disposición de los bienes es:

a) Permitir, en procedimientos de insolvencia, la utilización y disposición de bienes, inclusive de bienes gravados y de los que sean propiedad de terceros, y especificar las condiciones en que se podrá disponer de dichos bienes y utilizarlos;

b) Imponer límites a las facultades de uso y disposición;

c) Notificar, en su caso, a los acreedores el uso vaya a hacerse de los bienes y el modo en que se dispondrá de ellos;

d) Prever normas que regulen los bienes gravosos.

Contenido de las disposiciones legales

Facultad para usar y disponer de los bienes de la masa de la insolvencia

40) El régimen de la insolvencia debería permitir:

a) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes sujetos a garantías reales) en el curso ordinario de los negocios, salvo las ganancias en efectivo, y

b) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes sujetos a garantías reales) fuera del curso ordinario de los negocios, a reserva de lo requerido en las recomendaciones 41 y 43.

Imposición de nuevos gravámenes sobre bienes gravados

40 A) El régimen de la insolvencia debería especificar que podrán imponerse nuevos gravámenes sobre bienes sujetos a garantías reales, a reserva de lo requerido en las recomendaciones 50, 51 y 52.

Utilización de bienes que sean propiedad de terceros

40 B) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá utilizar los bienes que sean propiedad de terceros o que estén en

posesión del deudor, siempre y cuando se cumplan, entre otras, las siguientes condiciones:

a) La protección de los intereses de los terceros frente a toda merma del valor de los bienes;

b) El pago como gastos administrativos de los costos dimanantes del contrato ocasionados por [el hecho de seguir cumpliendo el contrato] [la utilización de los bienes].

Procedimiento para la notificación de los actos de disposición

41) El régimen de la insolvencia debería especificar que todo acto de disposición de los bienes no realizado en el curso ordinario de los negocios deberá notificarse adecuadamente a los acreedores[55], y que éstos deberán tener oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal.

42) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda notificación de subastas públicas deberá efectuarse de tal manera que la información pueda llegar al conocimiento de las partes interesadas.

Facultad de vender bienes de la masa que no estén gravados ni sujetos a otros gravámenes

43) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia vender bienes que estén gravados o sujetos a otros gravámenes, sin ningún tipo de gravámenes y fuera del curso ordinario de los negocios, siempre y cuando:

a) *(Sin cambios)*;

b) *(Sin cambios)*;

c) *(Sin cambios)*;

d) *(Sin cambios)*.

Utilización del producto en efectivo

43 A) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia utilizar el producto en efectivo [o disponer de él] siempre que:

a) El acreedor garantizado haya dado su consentimiento a que se utilice el producto [o se disponga de él] de tal forma; o que

b) [Se haya notificado al acreedor garantizado la utilización [o disposición] propuesta y] se le haya dado la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal; y que

c) Se hayan previsto salvaguardias para preservar los intereses del acreedor garantizado frente a toda pérdida de valor del producto en efectivo.

[55] Cuando los bienes estén gravados o sujetos a otros gravámenes, se aplicará la recomendación 43.

D. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

Obtención de crédito con posterioridad a la apertura

49) El régimen de la insolvencia debería dar facilidades al representante de la insolvencia, así como incentivos, para que el representante de la insolvencia pueda obtener crédito tras la apertura del procedimiento, si éste lo estima necesario para mantener en marcha la empresa del deudor o garantizar su supervivencia o para preservar o incrementar el valor de los bienes de la masa. El régimen de la insolvencia podrá requerir la autorización previa del tribunal [o], de los acreedores (o del comité de acreedores).

La recomendación 53 (Prelación de los créditos otorgados con posterioridad a la apertura) debería anteponerse a la recomendación 50, que trata de las garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura.

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

52) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el acreedor garantizado ya existente no dé su consentimiento, el tribunal podrá autorizar la constitución de una garantía real que goce de prelación sobre garantías preexistentes, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que:

a) *(Sin cambios)*;

b) *(Sin cambios)*;

c) Se protejan los intereses del acreedor garantizado existente.

Efecto del cambio de procedimiento en los créditos posteriores a la apertura

54) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, toda prelación concedida a los créditos posteriores a la apertura del procedimiento en la reorganización deberá seguir reconociéndose en la liquidación.

E. Régimen aplicable a los contratos

Cláusulas de extinción [*y de agilización*] *automática*[*s*]

56) El régimen de la insolvencia debería especificar que no será invocable, frente al representante de la insolvencia o al deudor, ninguna cláusula contractual por la que se estipule la extinción [o la agilización] automática[s] de un contrato cuando:

a) *(Sin cambios)*;

b) *(Sin cambios)*.

62) El régimen de la insolvencia debería especificar que, en todo supuesto en que se mantenga o se rechace un contrato, deberá notificarse a la otra parte el mantenimiento o rechazo de su contrato, informándola también de su derecho a presentar una reclamación y del momento en que deberá hacerlo, y que deberá dársele la oportunidad de [impugnar la decisión] [ser oída por el tribunal].

Mantenimiento de un contrato incumplido por el deudor

65) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el deudor haya incumplido un contrato, el representante de la insolvencia podrá decidir que siga cumpliéndose dicho contrato, siempre y cuando se subsane el incumplimiento, se restablezca la situación económica que tenía la parte perjudicada antes del incumplimiento y la masa de la insolvencia tenga la capacidad suficiente para cumplir el contrato mantenido.

Cumplimiento previo al mantenimiento o al rechazo de un contrato

66) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá aceptar [o requerir] de la otra parte el cumplimiento de un contrato antes de la decisión de mantener o rechazar dicho contrato. Las reclamaciones de la otra parte que se deriven del cumplimiento aceptado [o requerido] por el representante de la insolvencia antes del mantenimiento o del rechazo del contrato serán pagaderas en concepto de gastos de administración de la masa.

a) Si la otra parte ha cumplido el contrato, el importe de los gastos de administración deberá corresponder [a los beneficios conferidos a la masa conforme al contrato] [al precio contractual del cumplimiento].

b) Si el representante de la insolvencia utiliza bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en virtud de un contrato, deberá protegerse al tercero de toda pérdida de valor de sus bienes y dicha parte tendrá derecho a que se le abone una suma en concepto de gastos de administración de la masa, conforme al apartado a).

Reclamaciones por ulterior incumplimiento de un contrato mantenido

67) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando se haya decidido mantener un contrato y seguir cumpliéndolo, los daños y perjuicios derivados de un ulterior incumplimiento serán pagaderos en concepto de gastos de administración de la masa.

Cesión de contratos

70) Si la otra parte en un contrato se opone a su cesión, la ley podrá facultar, no obstante, al tribunal para aprobar la cesión, siempre y cuando:

a) *(Sin cambios)*;

b) *(Sin cambios)*;

c) *(Sin cambios)*;

d) Se subsane, antes de la cesión, el incumplimiento del deudor [previo o posterior a la apertura] conforme al contrato.

71) El régimen de la insolvencia podrá especificar que, cuando se ceda un contrato, el cesionario pasará a sustituir al deudor como parte contratante a partir de la fecha de la cesión, y que la masa ya no tendrá ninguna obligación en virtud del contrato.

F. Procedimientos de impugnación

Operaciones anulables

73) El régimen de la insolvencia debería establecer disposiciones con efecto retroactivo, concebidas para revocar toda operación realizada por el deudor o de la que hayan sido objeto bienes de la masa y que haya mermado el valor de la masa o violado el principio del trato equitativo de los acreedores. El régimen de la insolvencia debería especificar que serán anulables los siguientes tipos de operaciones:

a) Toda operación por la que se trate de impedir, demorar u obstaculizar el cobro de los respectivos créditos de los acreedores, cuando la operación pueda dejar ciertos bienes fuera del alcance de acreedores ya existentes [o potenciales] o perjudicar de algún otro modo los intereses de los acreedores;

b) Toda operación por la que el deudor transmita un derecho real sobre sus bienes o contraiga una obligación y tal transferencia o compromiso constituyan una donación, o se hayan realizado o contraído por un contravalor nominal inferior o insuficiente siendo el deudor ya insolvente, o cuando, a raíz de tal operación, el deudor haya pasado a ser insolvente (operaciones infravaloradas); y

c) *(Sin cambios)*.

Garantías reales

74) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de otra regla de derecho en los procedimientos de insolvencia, deberá reconocerse dicha eficacia o ejecutabilidad.

Operaciones con personas allegadas

76) El régimen de la insolvencia podrá especificar que el período de sospecha para las operaciones impugnables concertadas con personas allegadas podrá ser más largo que para las operaciones con personas no allegadas.

Sustanciación de los procedimientos de impugnación

79) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia tendrá la principal responsabilidad para iniciar procedimientos de impugnación. El régimen de la insolvencia también podrá permitir a cualquier acreedor iniciar procedimientos de impugnación con el acuerdo del representante de la insolvencia y, si el representante de la insolvencia no diera su acuerdo, el acreedor podrá solicitar la venia del tribunal para incoar tales procedimientos.

Financiación de procedimientos de anulación

79A) El régimen de la insolvencia debería especificar que las costas de los procedimientos de impugnación se abonarán como gastos de administración de la masa.

80) Para el supuesto en que el representante de la insolvencia decida no entablar acciones de impugnación de determinadas operaciones si, por ejemplo, considera, tras una evaluación, que es improbable que las operaciones sean anuladas o bien que

la acción impondrá a la masa de la insolvencia gastos excesivos[71], el régimen de la insolvencia podrá prever otras formas de regular la sustanciación y financiación de los procedimientos de impugnación.

Plazos para la apertura de procedimientos de impugnación

81) El régimen de la insolvencia o el derecho procesal aplicable deberían especificar el plazo en el que podrá abrirse un procedimiento de impugnación. Este período debería empezar a contar a partir de la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia. Con respecto a las operaciones mencionadas en la recomendación 73, es decir, las que se hayan ocultado y sean difíciles de descubrir para el representante de la insolvencia, el régimen de la insolvencia podrá prever que el período empiece a correr a partir del momento en que dichas operaciones sean descubiertas.

Elementos para la anulación y excepciones oponibles

82) El régimen de la insolvencia debería especificar los elementos que habrán de probarse a fin de anular una determinada operación, la parte que deberá probar dichos elementos, así como las posibles excepciones que podrán oponerse a tal anulación. Como excepción cabrá alegar, entre otras cosas, que la operación se llevó a cabo en el curso ordinario de los negocios antes de la apertura del procedimiento de insolvencia [, que se realizó conforme a lo decidido en negociaciones de reestructuración voluntaria celebradas antes de la apertura del procedimiento de insolvencia], o [, en un procedimiento de liquidación,] que se concertó durante un procedimiento de reorganización que precedió a otro de liquidación. El régimen podrá también establecer presunciones y permitir inversiones de la carga de la prueba para facilitar los procedimientos de impugnación.

Responsabilidad de las otras partes en operaciones anuladas

83) El régimen de la insolvencia debería especificar que la otra parte en una operación que haya sido anulada estará obligada a restituir a la masa de la insolvencia los bienes obtenidos o, si lo ordena el tribunal, a pagar en efectivo a la masa el valor correspondiente a la operación. El tribunal debería determinar si la otra parte en una operación anulada tendrá un crédito ordinario no garantizado.

H. Contratos financieros y compensación global por saldos netos

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre compensación global por saldos netos y derechos de compensación en el contexto de las operaciones financieras tienen por objeto reducir la probabilidad de que se produzcan riesgos sistémicos que puedan poner en peligro la estabilidad de los mercados financieros, enunciando con certeza los derechos de las partes en un contrato financiero cuando una de ellas incumpla sus obligaciones por motivos de insolvencia. Estas recomendaciones no tienen la

[71] En esta evaluación, el representante de la insolvencia trata de evaluar los posibles costos y beneficios de una acción de impugnación y, según la regla implícita, si los costos pueden ser superiores a los beneficios reportados a la masa, el representante optará por no entablar el procedimiento.

finalidad de ser a aplicables a operaciones que no sean contratos financieros, que seguirán estando sujetas al derecho general que rige la compensación financiera y la compensación global por saldos netos.

Contenido de las disposiciones legales

92) Los contratos financieros deben definirse en términos amplios que engloben los diversos tipos de contratos financieros existentes y que permitan dar cabida a todo nuevo tipo de contrato financiero.

III. Participantes

A. El deudor

Obligaciones

95) El régimen de la insolvencia debería especificar claramente cuáles serán las obligaciones del deudor en un procedimiento de insolvencia. Esas obligaciones deberán nacer al abrirse el procedimiento y ser exigibles hasta su clausura. Entre ellas deberían figurar las de:

a) y b) *(Sin cambios)*;

i) a iv) *(Sin cambios).*

v) Los acreedores y de sus respectivos créditos, preparadas en colaboración con el representante de la insolvencia y revisadas y enmendadas por el deudor a medida que se vayan verificando los créditos y se vaya decidiendo si son o no admisibles;

c) Cooperar con el representante de la insolvencia para que éste pueda asumir eficazmente el control de la masa y para que, mediante esta cooperación, le resulte más fácil recuperar los bienes de la masa, o su control, dondequiera que se encuentren, así como los libros de contabilidad de la empresa;

d) *(Sin cambios).*

Confidencialidad

96) El régimen de la insolvencia debería prever salvaguardias para proteger la información facilitada por el deudor [o relativa al deudor], si se trata de información comercial delicada o de carácter confidencial.

Función del deudor en el mantenimiento de la empresa

97A) El régimen de la insolvencia debería especificar que el deudor que permanezca en posesión de la empresa tendrá las mismas atribuciones y funciones que el representante de la insolvencia, salvo el derecho a ser remunerado.

B. El representante de la insolvencia

Conflictos de intereses

100) El régimen de la insolvencia debería exigir la revelación de todo conflicto de intereses o falta de independencia o de toda circunstancia que pueda entrañar un conflicto de intereses o una falta de independencia de las siguientes personas:

a) La persona propuesta para ser nombrada representante de la insolvencia o la persona ya nombrada que ejerza dicho cargo, cuando el conflicto de intereses o las circunstancias que puedan dar lugar a un conflicto de esa índole o a una falta de independencia se hagan patentes durante el procedimiento de insolvencia; y

b) *(Sin cambios).*

Deberes y funciones del representante de la insolvencia

104) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia tendrá la obligación de salvaguardar y preservar los bienes de la masa. El régimen de la insolvencia debería especificar las obligaciones y funciones que tendrá el representante de la insolvencia, consistentes en administrar el procedimiento y en preservar y proteger la masa de la insolvencia [además de mantener en funcionamiento la empresa del deudor].

Responsabilidad

105) El régimen de la insolvencia debería especificar las consecuencias que tendrá el hecho de que el representante de la insolvencia incumpla o no cumpla de la debida forma las obligaciones y funciones que le imponga la ley, así como el nivel de responsabilidad que eventualmente se le exija al respecto.

C. Los acreedores y su participación en el procedimiento de insolvencia

Convocatoria de reuniones de acreedores

112) El régimen de la insolvencia podrá requerir que se convoque una primera reunión de acreedores en un determinado período, una vez abierto el procedimiento, para debatir ciertas cuestiones [especificadas en dicho régimen]. El régimen de la insolvencia podrá también permitir que el tribunal, el representante de la insolvencia o los acreedores titulares de créditos, cuyo valor represente un determinado porcentaje del valor total de los créditos no garantizados, puedan solicitar la convocatoria de una reunión de acreedores en general, especificando las circunstancias en que podrá convocarse tal reunión. El régimen de la insolvencia debería especificar a qué parte corresponderá la obligación de notificar la convocatoria a los acreedores.

Representación de los acreedores

113) El régimen de la insolvencia debería facilitar la participación activa de los acreedores en el procedimiento de la insolvencia mediante un comité de acreedores,

un representante especial u otro mecanismo de representación[86]. El régimen de la insolvencia debería especificar si es preciso establecer un comité o prever otra forma de representación de los acreedores en todos los procedimientos de insolvencia. Si en un procedimiento hay acreedores de diversas categorías y con intereses muy distintos y si su participación no se verá facilitada por el nombramiento de un único comité o representante, el régimen de la insolvencia podrá prever el nombramiento de diferentes comités de acreedores o representantes.

- Acreedores que podrán formar parte de un comité de acreedores

115) El régimen de la insolvencia debería determinar los requisitos que deberán cumplir los acreedores para formar parte del comité. Entre los acreedores que no podrían ser nombrados miembros del comité de acreedores figurarían las personas allegadas y las que, por alguna razón, no serían imparciales. El régimen de la insolvencia debería especificar si, para que un acreedor tenga derecho a ser nombrado miembro del comité, es preciso que su crédito ya haya sido admitido.

- Derechos y funciones del comité de acreedores

117) El régimen de la insolvencia debería definir los derechos y funciones del comité de acreedores en el procedimiento de insolvencia, que pueden consistir en:

a) *(Sin cambios)*;

b) *(Sin cambios)*;

c) *(Sin cambios)*; y

d) Ser oído durante el procedimiento.

Las recomendaciones relativas al capítulo IV (Reorganización) figuran en el documento A/CN.9/559/Add.3.

V. Administración del procedimiento

A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores

Requisito de presentación de créditos

154 a) El régimen de la insolvencia debería exigir a los acreedores que desearan participar en el procedimiento que presentaran sus créditos[100], detallando su fundamento y su cuantía. El régimen de la insolvencia debería reducir al mínimo los requisitos de forma exigidos para la presentación de un crédito. Asimismo, debería permitir que los créditos pudieran presentarse de diversos modos, inclusive por vía postal y por medios electrónicos.

154) b) El régimen de la insolvencia podrá permitir la admisión de los créditos no impugnados, remitiéndose a la lista de acreedores y créditos que deba preparar el

[86] Véase la recomendación 97 y la permanencia en funciones del deudor en caso de reorganización. Si el deudor continúa en posesión de la empresa, el comité de acreedores u otro representante de los acreedores desempeñará una importante función de supervisión de las actividades del deudor y, de ser necesario, presentará informes al respecto.

[100] Nota de pie de página suprimida.

deudor en cooperación con el representante de la insolvencia, o el tribunal o el representante de la insolvencia podrán pedir al acreedor que presente pruebas sobre su crédito. El régimen de la insolvencia no debería obligar en todos los casos al acreedor a presentar las pruebas en persona.

Momento de presentación de los créditos

158) El régimen de la insolvencia debería establecer el período, posterior a la apertura del procedimiento, durante el cual podrán presentarse los créditos; el plazo fijado deberá ser suficiente para que los acreedores puedan cumplirlo[105a].

Créditos en moneda extranjera

160) Cuando el importe de los créditos esté fijado en moneda extranjera, el régimen de la insolvencia debería especificar las circunstancias en que esas sumas habrán de convertirse en moneda nacional y los motivos para hacerlo. Cuando la conversión en moneda nacional sea obligatoria, el régimen de la insolvencia debería especificar el momento en que deberá efectuarse la conversión, por ejemplo, en la fecha en que se abra efectivamente el procedimiento de insolvencia.

Admisión o rechazo de créditos

162) El régimen de la insolvencia debería autorizar al representante de la insolvencia a admitir o a rechazar total o parcialmente los créditos Cuando se rechace un crédito [o cuando se decida que se le aplicará la recomendación 169 por considerarse crédito de persona allegada], ya sea total o parcialmente, deberán notificarse al acreedor los motivos por los que se haya rechazado su crédito.

166) El régimen de la insolvencia debería permitir que los créditos no cuantificados puedan admitirse provisionalmente, a la espera de que el representante de la insolvencia fije su valor.

167) El régimen de la insolvencia debería disponer que el representante de la insolvencia podrá determinar, mediante una valoración del bien gravado, la parte del crédito de un acreedor garantizado que está respaldada por la garantía y la que no lo está.

164) El régimen de la insolvencia debería permitir a toda parte interesada impugnar un crédito presentado, antes o después de su admisión, y solicitar al tribunal la revisión de dicho crédito.

163) El régimen de la insolvencia debería permitir que los acreedores cuyos créditos hayan sido rechazados [o a los que se haya decidido aplicar la recomendación 169 por considerarse créditos de personas allegadas], ya sea total o parcialmente, soliciten al tribunal en un determinado plazo, a contar a partir de la notificación del rechazo, que revise sus respectivos créditos.

[105a] Cuando en el procedimiento participen acreedores extranjeros, tal vez convenga fijar plazos más largos que permitan a dichos acreedores presentar sus créditos. Conviene además que los créditos se presenten al principio del procedimiento, para que así el representante de la insolvencia tenga conocimiento de todos los créditos, de los bienes que sean objeto de garantías reales y del valor de todos los bienes y créditos.

165) El régimen de la insolvencia debería disponer que los créditos que hayan sido impugnados en el procedimiento de insolvencia puedan ser provisionalmente admitidos por el representante de la insolvencia, a la espera de que el tribunal se pronuncie sobre la impugnación.

B. Prioridades y distribución del producto

Créditos con prelación

172) El régimen de la insolvencia debería reducir al mínimo las prioridades otorgadas a los créditos sin garantía. El régimen de la insolvencia debería enunciar claramente las eventuales categorías de créditos cuyo reembolso gozará de prelación en un procedimiento de insolvencia.

Clasificación de los créditos

174) El régimen de la insolvencia debería disponer que los créditos, a excepción de los garantizados, deberán clasificarse y reembolsarse por el siguiente orden[112]:

a) *(Sin cambios)*;

b) *(Sin cambios)*;

c) *(Sin cambios)*;

d) Los créditos diferidos o los créditos subordinados en virtud de la ley.

VI. Conclusión del procedimiento

A. Exoneración

185) Cuando el régimen de la insolvencia excluya ciertas deudas de la exoneración, convendrá reducir al mínimo las deudas excluidas, a fin de que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme, y enunciar tales exclusiones en el régimen de la insolvencia. Cuando el régimen imponga condiciones para conceder exoneraciones, convendrá reducir al mínimo esas condiciones, a fin de que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme, y enunciar también dichas condiciones en el régimen de la insolvencia.

[112] El régimen de la insolvencia podrá dividir en subcategorías los créditos enunciados en los apartados a), b) y d). Así, por ejemplo, los créditos de los empleados frente a la empresa deudora podrán figurar como categoría independiente y podrá asignárseles un grado de prelación superior al otorgado a los créditos del Estado y del sistema de seguridad social, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 8 del Convenio de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador (Convenio Núm. 173, de 1992). Cuando no sea posible reembolsar íntegramente todos los créditos de una misma categoría, los pagos deberán efectuarse siguiendo el orden de las subcategorías en que el régimen de la insolvencia haya dividido los créditos de una misma categoría.

B. Conclusión del procedimiento

Liquidación

186) El régimen de la insolvencia debería establecer los pasos que deberán seguirse para clausurar un procedimiento de liquidación una vez efectuada la distribución final del producto de la liquidación o cuando se resuelva que no es posible realizar ninguna distribución.

Reorganización

187) El régimen de la insolvencia debería establecer los pasos que deberán seguirse para clausurar un procedimiento de reorganización cuando se haya ejecutado totalmente el plan de reorganización o en una fecha anterior que fije el tribunal.

A/CN.9/559/Add.2

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia: textos revisados de A/CN.9/WG.V/WP.70

ADICIÓN

1. En la presente nota se exponen ciertas revisiones y adiciones que se han de introducir en el comentario, que figura en las partes primera y segunda del documento A/CN.9/WG/V/WP.70, a raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo V en su 30º período de sesiones (véase el informe correspondiente en el documento A/CN.9/551).

Introducción

1. Organización y alcance de la Guía

1. En la quinta oración del párrafo 1, antes de las palabras “, y hace hincapié en la reorganización de las empresas insolventes,” insértese el texto siguiente:

> “..., que vayan dirigidos contra un deudor, sea una persona jurídica o física, que desarrolle una actividad mercantil, (y hace hincapié) .... No se abordan las cuestiones que sean propias de la insolvencia de aquellas personas físicas que no desarrollen ese tipo de actividad, como sería el caso de los consumidores, pero la Guía también analiza la práctica ...”

2. Insértese, al final del párrafo 1, el texto siguiente:

> “... cuyo texto ha sido incorporado a la Guía a fin de facilitar el examen de cuestiones relativas a la insolvencia transfronteriza. Sin embargo, cabe señalar que una ley modelo suele utilizarse de modo distinto que una guía legislativa. De hecho, una ley modelo es un texto legislativo recomendado a los Estados para que lo incorporen con o sin modificaciones en su derecho interno. Por ello, toda ley modelo suele proponer un juego completo de disposiciones legales sobre algún tema particular, formuladas en términos que faciliten su transposición directa al derecho interno del país interesado. Una guía

legislativa tiene, en cambio, por finalidad la de orientar al legislador y a otros usuarios sobre determinado tema y, por ese motivo, suele incluir un comentario extenso en el que se desarrollan ciertas cuestiones pertinentes. No se pretende que las recomendaciones de una guía legislativa sean incorporadas sin más al derecho interno. Más bien se analizan brevemente las cuestiones fundamentales que dicho derecho debería abordar y, en algunas de las recomendaciones, se dan indicaciones precisas sobre cómo convendría formular ciertas disposiciones legales."

3. En el párrafo 2, después de la cuarta oración, insértese el texto siguiente:

"Las recomendaciones son más o menos precisas en función de la cuestión de que se trate. Algunas se enuncian en lenguaje legislativo para mostrar con mayor detalle la mejor manera de resolver determinada cuestión en un régimen de la insolvencia, lo que es claro indicio de que existe un notable consenso respecto de la idoneidad de la solución recomendada. En otras recomendaciones se indican ciertos problemas básicos que el régimen de la insolvencia deberá tratar de resolver, y se proponen diversas soluciones posibles, al tiempo que se señala la existencia de algunas cuestiones de principio y de procedimiento que deberán tenerse presentes."

Primera parte: Definir los objetivos fundamentales y la estructura de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

II. Mecanismos para resolver las dificultades financieras del deudor

4. Insértese como introducción antes del párrafo 31, el texto siguiente:

"A continuación se examinan diversos mecanismos que se han ideado para resolver las dificultades financieras del deudor y de probada utilidad para dicho cometido. Entre ellos cabe mencionar la apertura de un procedimiento de reorganización o de liquidación sustanciado con arreglo al régimen de la insolvencia; la apertura voluntaria, por el deudor, de negociaciones con los acreedores, que se desarrollarán esencialmente al margen del régimen oficial de la insolvencia; y ciertos procesos administrativos que se han instituido en algunos países con la finalidad expresa de hacer frente a problemas financieros sistémicos del sector bancario. Dichos procesos se mencionan a título meramente informativo, sin que se sugiera aquí hacerlos aplicables a los problemas suscitados por la insolvencia de deudores dedicados a otras actividades mercantiles. En el mismo orden de ideas, no debe confundirse la agencia facilitadora que sea encargada de supervisar esos procesos administrativos con otras autoridades, distintas de las judiciales, que tal vez sean designadas para supervisar un procedimiento de insolvencia abierto frente a un deudor mercantil y que están previstas en la presente Guía bajo el término genérico de "tribunal".

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

II. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia

D. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

5. Los párrafos 246 a 250 deben ser reformulados como sigue:

3. Obtención de crédito con posterioridad a la apertura del procedimiento-concesión, para dicho fin, de una garantía real o de cierta prelación

246. Para obtener financiación tras la apertura de un procedimiento y garantizar su reembolso cabe adoptar diferentes criterios. El crédito comercial obtenido o el endeudamiento de la masa efectuado, en el giro normal del negocio, por un representante de la insolvencia (o por un deudor que obre en posesión de su negocio) podrá tratarse automáticamente como gasto administrativo de la masa. Cuando sea indispensable obtener crédito o contraer una deuda para maximizar el valor de los bienes y cuando dicho crédito o la financiación no sea, por algún otro concepto, imputable a la masa, a título de gasto administrativo o cuando deba obtenerse fuera del giro normal del negocio, el tribunal podrá autorizar dicha financiación o endeudamiento de la masa, a título de gasto administrativo, con prelación absoluta frente a cualquier otro gasto administrativo, o con el respaldo de una garantía constituida sobre bienes aún no gravados o sólo parcialmente gravados.

a) Concesión de prelación

248. En supuestos en los que la empresa de un deudor siga tras la apertura del procedimiento de insolvencia, bien sea en el marco de una tentativa de reorganización, bien sea para salvaguardar su valor de cara a su venta como negocio en marcha, son varios regímenes de la insolvencia que han previsto que los gastos inherentes al funcionamiento de la empresa sean abonables como gastos administrativos. Los titulares de un crédito administrativo no suelen gozar de prelación sobre un acreedor garantizado respecto del bien gravado por su garantía, aunque suelen figurar en primer lugar (véase el capítulo V.B), lo que significa que cobrarán sus créditos antes de que se satisfaga todo crédito no garantizado o todo crédito con prelación legal o privilegiada, como sería el caso, por ejemplo, de los créditos fiscales o de la seguridad social. Los proveedores de bienes y servicios sólo seguirán suministrándolos a crédito al representante de la insolvencia si tienen una expectativa razonable de que cobrarán su crédito antes de que se satisfaga todo crédito ordinario o no garantizado, nacido antes de la apertura del procedimiento. En algunos casos, esta prelación se fundamenta en la consideración de que el nuevo crédito o préstamo se concede al representante de la insolvencia y no a la empresa deudora en sí, pasando a ser un gasto de la masa de la insolvencia. Algunos regímenes de la insolvencia exigen que dichos préstamos o crédito sean aprobados por el tribunal o por los acreedores, mientras que otros regímenes prevén que el representante de la insolvencia pueda negociar la financiación que sea necesaria sin aprobación alguna, si bien esta facultad puede conllevar cierta responsabilidad

personal del representante y, cuando sea así, es probable que esa responsabilidad sea un factor disuasorio a la hora de buscar nueva financiación.

250. Otros regímenes de la insolvencia prevén la concesión de una prelación administrativa privilegiada en supuestos en los que no sea posible obtener crédito financiero en condiciones equiparables a las de un crédito administrativo y que, por ello mismo, estaría destinado a ser tratado al igual (*pari passu*) que otros créditos administrativos, como la remuneración del representante de la insolvencia o la de cualquier otro profesional llamado a intervenir en el procedimiento de insolvencia. Los créditos con prelación privilegiada tienen prioridad sobre los créditos administrativos de otros acreedores de la masa de la insolvencia.

b) Concesión de garantías reales

247. Cuando el prestamista exija una garantía real, dicha garantía se podrá constituir sobre bienes no gravados o como una garantía real de rango inferior sobre bienes ya gravados, siempre que el valor del bien gravado sea muy superior al importe de la obligación garantizada preexistente. En este caso, no será necesaria ninguna salvaguardia especial para proteger a todo acreedor que goce de una garantía anterior a la apertura del procedimiento, ya que sus derechos no se verán perjudicados, salvo que sobrevenga algún cambio de circunstancias (por ejemplo, que se deteriore el valor de los bienes gravados), por lo que dicho acreedor retendrá la prelación de la que gozaba sobre el bien gravado, antes de la apertura, de no mediar acuerdo en contrario. Con frecuencia, los únicos bienes no gravados disponibles para garantizar la financiación posterior a la apertura del procedimiento suelen ser bienes recuperados a través de algún procedimiento de impugnación; ahora bien, gravar dichos bienes puede ser, en algunos regímenes de la insolvencia, una cuestión controvertida y tal vez no esté permitido.

249. Algunos regímenes de la insolvencia han previsto que se otorgue cierto grado de prelación a los nuevos préstamos sobre los de los acreedores garantizados existentes, que a veces se denomina “gravamen privilegiado”. En algunos países en que se permite dicha forma de prelación, los tribunales de la insolvencia son conscientes del riesgo que supone para los acreedores garantizados ya existentes y sólo la autorizan con reticencia y como último recurso. La concesión de esa prelación puede estar sujeta a ciertas condiciones, como la de notificarla a los acreedores garantizados afectados y de dar a éstos la oportunidad de ser escuchados por el tribunal; la de que el deudor pruebe que no está en condiciones de obtener la financiación necesaria sin esa prelación; y la de que se proteja a dichos acreedores de cualquier merma del valor económico de los bienes gravados, concretamente exigiendo que el valor de esos bienes sea suficientemente superior al de los créditos. Algunos ordenamientos han previsto la simple prelación, la prelación absoluta, la garantía real y el gravamen privilegiado, denominado también prelación privilegiada, como opciones posibles para atraer los fondos necesarios tras la apertura de un procedimiento. Como regla general, es preciso proteger el valor económico de los derechos de los acreedores garantizados preexistentes, a fin de que no resulten perjudicados. De ser necesario (y como ya se analizó en lo relativo a la protección de la masa de la insolvencia; véase el capítulo II.B.8), esta protección puede asegurarse efectuando pagos periódicos a dichos acreedores o concediéndoles garantías reales sobre bienes suplementarios en sustitución de los bienes que haya

utilizado el deudor o que se hayan gravado adicionalmente para obtener financiación suplementaria.

A/CN.9/559/Add.3

Textos revisados de A/CN.9/WG.V/WP.70: Reorganización

ADICIÓN

1. En la presente nota se presentan las revisiones y adiciones efectuadas en el comentario y las recomendaciones del capítulo IV, relativo a la reorganización, que figura en la segunda parte del documento A/CN.9/WG.V/WP.70, a la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo V, en su 30º (marzo/abril 2004) (véase el informe de esa reunión en el documento A/CN.9/551). No se ha modificado la numeración de los párrafos del comentario y de las recomendaciones, por lo que dicha numeración dejará de ser secuencial respecto de toda recomendación o párrafo que se haya reubicado en el texto actual de este capítulo. Todo texto de las recomendaciones que figure entre corchetes será un texto añadido o revisado a raíz del 30º período de sesiones del Grupo de Trabajo V.

2. Por razones de economía, no se reproduce ninguna de las recomendaciones o párrafos del comentario que no haya sido revisado, por lo que su texto es el que ya figura en la segunda parte del documento A/CN.9/WG.V/WP.70; toda indicación de un párrafo del comentario de un texto de las recomendaciones que figura en el presente documento, pero no que haya sido enmendado, llevará la mención de "*sin modificaciones*". No se reproduce ninguna nota de pie de página de las recomendaciones que no haya sido enmendada o suprimida.

IV. Reorganización

5. Aprobación del plan

506. Al formularse las disposiciones de un régimen de la insolvencia sobre la aprobación del plan propuesto deben ponderarse diversas consideraciones, como la de si los acreedores deberán o no votar el plan por categorías, la de si todo acreedor tendrá derecho a votar sobre dicho plan y la de determinar el trato que se ha de dar a los acreedores disconformes. Entre los principios que se han de respetar figura el de que todo acreedor cuyo derecho pueda verse dañado por el plan, particularmente si se trata de un acreedor garantizado, sólo quedará obligado por el plan si se le ha dado la oportunidad de votar al respecto; el de que los acreedores garantizados deberán votar por separado de los acreedores ordinarios; el de que se ha de dar en el plan un mismo trato a todos los acreedores que pertenezcan a una misma categoría; y el de que los acreedores de una categoría disconforme con el plan, pero que hayan de quedar vinculados por el mismo, deberán percibir por su crédito una suma no inferior a la que hubiera percibido en el marco de un procedimiento de liquidación.

i) Clasificación de los créditos

506A. Insértese aquí el texto del párrafo 506, a partir de la tercera oración inclusive.

ii) Trato que se ha de dar a los acreedores disconformes

507. Sin modificaciones.

508. Revísese el texto de la segunda y de la tercera oración como sigue:

> Así, por ejemplo, el régimen podría prever que los acreedores disconformes no quedarán vinculados por el plan, salvo que se les otorgue cierto trato. Por regla general, dicho trato debe prever que esos acreedores percibirán, con arreglo al plan una suma que sea al menos equivalente a la que hubieran percibido en el marco de un procedimiento de liquidación.

a) Procedimientos de aprobación

509. Insértense, en la primera oración, las palabras "en particular a todo accionista o tenedor de títulos del capital social" a continuación de "otras partes interesadas".

510. Sustituir, en la primera oración, "deben votar" por "tendrán derecho a votar", sin modificar por lo demás el texto.

i) Trato a otorgar a todo acreedor que se abstenga o no participe

510A. Insertar aquí el párrafo 510, a partir de la tercera oración inclusive.

ii) Aplicación de las presunciones

511. Sin modificaciones.

b) Aprobación por los acreedores garantizados o que gocen de alguna prelación

512. En la segunda oración, sustituir las palabras "el requisito de votación por parte de los acreedores garantizados" por "el derecho de voto reconocido a los acreedores garantizados", sin que haya, por lo demás, ningún otro cambio.

513. Insertar, al final de la segunda oración, las palabras "antes de que se proceda a reembolsar los créditos de los acreedores sin prelación". Sustituir, en la última oración, las palabras "ni se les exige que voten" por "ni se les reconoce su derecho a votar".

515. Partiendo de la necesidad de reconocer el derecho de todo acreedor garantizado a participar, según otro criterio, los acreedores garantizados o que gocen de alguna prelación deberán votar por categorías y por separado de los acreedores ordinarios sobre todo plan que pueda menoscabar las condiciones de sus créditos, o deberán otorgar su consentimiento a dicho plan de algún otro modo. El criterio de que los acreedores garantizados deberán votar aparte y por categorías ofrece una salvaguardia mínima de que sus intereses serán debidamente amparados y supone el reconocimiento de que los créditos y garantías reales de los acreedores garantizados o que gocen de alguna prelación difieren de los créditos de los acreedores ordinarios. Ahora bien, en muchas ocasiones, los créditos de los acreedores garantizados y los de los acreedores con alguna prelación diferirán también entre sí, por lo que tal vez no proceda exigir ni que todos los acreedores garantizados ni que

todos los acreedores con alguna prelación voten en el marco de una única categoría. En algunos supuestos, el régimen de la insolvencia ha previsto incluso que cada acreedor garantizado constituye una categoría aparte. En el supuesto de que voten los acreedores garantizados como tales, la mayoría requerida suele ser la misma que la requerida para la aprobación del plan por los acreedores ordinarios, pese a que conforme a algunos regímenes la mayoría exigida será distinta según cómo puedan verse afectados los derechos de los acreedores garantizados por el plan (por ejemplo, ciertos regímenes exigen una mayoría de tres cuartas partes para el supuesto de que se vaya a prorrogar la fecha de vencimiento de los créditos de una mayoría y de cuatro quintas partes para los supuestos de que los créditos garantizados puedan verse de algún otro modo perjudicados).

516. La tercera y la cuarta oración serán trasladadas al párrafo 532A.

514. Sustitúyase, en la última oración, las palabras "si deben o no votar" por "tendrán derecho a votar".

517. Sin modificaciones.

c) Aprobación por los acreedores ordinarios sin garantía

518. Sin modificaciones.

i) Categorías de acreedores ordinarios

519. Sin modificaciones.

520. Reformular la segunda y la tercera oración como sigue:

> El establecimiento de dichas categorías tiene por objeto mejorar, al menos de tres modos, las perspectivas de éxito de la reorganización al proporcionar: un medio utilizable para determinar la diversidad eventual de los intereses económicos de los acreedores ordinarios; un marco para estructurar el plan y velar por que dicho plan otorgue el mismo trato a todos los acreedores de una misma categoría; y un medio al que el tribunal pueda recurrir para invocar el apoyo de la mayoría requerida de los acreedores de cierta categoría para declarar que el plan será vinculante frente a aquellas otras categorías que no lo hayan apoyado. Dado que la distribución de los acreedores ordinarios en categorías distintas puede complicar el procedimiento de votación, tal vez sólo proceda efectuarla cuando existan razones imperiosas para otorgar un trato especial a ciertos acreedores ordinarios sin garantía alguna, como pudiera ser el hecho de que exista un gran número de acreedores sin un interés económico común, a los que el plan vaya a ofrecer un trato divergente.

ii) Determinación de las categorías

521. Sin modificaciones.

d) Aprobación por los accionistas de la empresa deudora

522. Insértese, a continuación de la segunda oración, el siguiente texto:

En el supuesto de que se les reconozca el derecho de voto, se deberá dar a los accionistas todo aviso o información que deba facilitarse a los demás acreedores con derecho a voto.

523. Sin modificaciones.

e) Personas allegadas

524. Sin modificaciones.

f) Requisitos para la aprobación del plan

525. Sin modificaciones

i) Votaciones sin diferenciación de categorías

526. Sin modificaciones.

ii) Votaciones por categorías de acreedores

527. Insértese al final del párrafo la siguiente oración:

Cualquiera que sea el criterio por el que se opte, dicho criterio deberá ser claramente enunciado en el régimen de la insolvencia, contribuyendo así a la transparencia del procedimiento de reorganización a fin de que los participantes en dicho procedimiento sepan a que atenerse.

- *Mayoría en el seno de una misma categoría*

528. Sin modificaciones.

- *Mayoría en una votación celebrada por categorías:*

529. Reformular las dos últimas oraciones como sigue:

Otros regímenes disponen que el respaldo del plan por las categorías de acreedores no garantizados no podrá forzar la aprobación de un plan al que se opongan los acreedores garantizados. Más adelante, bajo los puntos 7 y 8, se examinan con más detalle los requisitos para que un plan sea declarado vinculante para las categorías de acreedores disconformes.

6. Situación a raíz de la no aprobación del plan

a) Modificación del plan propuesto

530. Sin modificaciones.

b) Fracaso de las tentativas de aprobar un plan

531. Sin modificaciones.

7. Vía para hacer que el plan sea vinculante para las categorías de acreedores disconformes

532. Insértese el siguiente texto a continuación de la tercera oración:

> Entre dichas salvaguardias cabe citar la de que el plan haya obtenido las aprobaciones requeridas y la de que se haya seguido el procedimiento prescrito para dicha aprobación; la de que los acreedores cobrarán al menos una suma no inferior a la que hubieran percibido en el marco de un procedimiento de liquidación; la de que el plan no disponga nada que sea contrario al régimen de la insolvencia o a cualquier otra norma de derecho que sea por lo demás aplicable; la de que se satisfará plenamente todo crédito o gasto administrativo, de no haber consentido su beneficiario alguna modificación al respecto; la de que los créditos de toda categoría de acreedores que no haya respaldado el plan sean tratados, en el marco de dicho plan, de conformidad con el rango que les corresponda con arreglo al régimen de la insolvencia (es decir, que dichos acreedores sean plenamente reembolsados, ya sea en efectivo o tal vez en especie, como pudiera ser mediante la entrega de acciones o de otros títulos bursátiles, con anterioridad al reembolso de todo crédito de rango inferior).

532A. Insértese en este párrafo la tercera y la cuarta oración del párrafo 516.

8. Confirmación judicial del plan

533. Sin modificaciones.

a) Impugnación del plan por la vía judicial

534 a 536. Sin modificaciones.

b) Medidas requeridas para obtener la confirmación judicial

537. Insértense las palabras “Como se observó anteriormente en el párrafo 532” al comienzo de la cuarta oración.

538. Sin modificaciones.

539. Reformular la segunda oración como sigue:

> Será aconsejable, en particular, que no se requiera del tribunal que se pronuncie acerca de los criterios económicos y comerciales por los que se hayan guiado los acreedores al votar sobre el plan (ni siquiera acerca de cuestiones de equidad que conciernan más al fondo de lo que se haya convenido en el plan que al procedimiento seguido para su aprobación) ni se le deberá tampoco pedir que examine los pormenores del plan en términos de su viabilidad económica, salvo que se hayan definido claramente los términos por los que el tribunal deberá guiarse en el ejercicio de dicha facultad o que el tribunal goce de la competencia o de la experiencia requeridas para pronunciarse sobre los aspectos comerciales o económicos del plan.

9. Efectos de un plan aprobado [y confirmado]

540. Sin modificaciones.

10. Impugnación de un plan ya confirmado por el tribunal

541. Insértese el siguiente texto al final de la última oración: “, y se deberá considerar hasta qué punto cabe aún responder a los motivos que hayan determinado el éxito de la impugnación del plan.”

11. Enmienda de un plan ya aprobado por los acreedores

542 a 544. Sin modificaciones.

12. Ejecución del plan

545. Sin modificaciones.

13. Fracaso de la ejecución del plan

546 a 547. Sin modificaciones.

14. Conversión de la reorganización en un procedimiento de liquidación

548. Insertar las siguientes palabras al final de la segunda oración como motivo adicional para la conversión del procedimiento: “o el hecho de que fracase la ejecución del plan por alguna otra razón.”

Insértese el siguiente texto al final del párrafo: “Tal vez proceda considerar los requisitos procesales para la apertura y desarrollo del procedimiento de así convertido en una liquidación.”

549 a 550. Sin modificaciones.

Recomendaciones

Contenido de las disposiciones legales

Calendario para la preparación del plan

123) a) El régimen de la insolvencia debería indicar que cabrá proponer un plan al solicitarse la apertura o al declararse abierto el procedimiento de insolvencia, o dentro de un cierto plazo a partir de la apertura del procedimiento:

i)- ii) Sin modificaciones.

b) El régimen de la insolvencia debería también prever los plazos para la presentación de un plan cuando se vaya a transformar un procedimiento de liquidación en otro de reorganización.

Preparación de una nota informativa

126) El régimen de la insolvencia debería exigir que el plan que se someta al examen de los acreedores [aquellos] y accionistas de la empresa deudora [que tengan derecho a votar acerca de la aprobación del plan,] vaya acompañado de una nota informativa que les permita pronunciarse sobre el plan con conocimiento de causa. Dicha nota deberá ser preparada por la propia persona que proponga el plan.

Presentación del plan y de la nota informativa

127) El régimen de la insolvencia debería prever un mecanismo para la presentación del plan y de la nota informativa a los acreedores y accionistas facultados [todo acreedor y accionista facultado] para votar acerca de la aprobación del plan.

Contenido de la nota informativa

129) El régimen de la insolvencia debería especificar que la nota informativa deberá facilitar[92]:

[a) Una descripción detallada del plan;]

b) Información relativa a la situación financiera del deudor, con datos sobre su activo y su pasivo y sobre su estado o flujo de tesorería;

c) Todo dato no financiero que pueda repercutir sobre el rendimiento futuro de la empresa deudora; (por ejemplo, la disponibilidad de una nueva patente)

d) Una comparación entre el trato otorgado en el plan a los acreedores y lo que percibirían de procederse a la liquidación;

e) Una relación de las condiciones que permitirían que el negocio prosiga y pueda ser reorganizado con éxito;

f) Información que demuestre que, de ejecutarse con éxito el plan, [el activo de la empresa deudora superará su pasivo] [y que se han adoptado medidas pertinentes para satisfacer todas las obligaciones previstas en el plan]; e

g) Información sobre los mecanismos de voto aplicables para la aprobación del plan.

Contenido del plan

128) El régimen de la insolvencia debería especificar el contenido mínimo del plan, que deberá:

a) Definir las categorías de acreedores reconocidas por el plan y el trato que se dará a cada una de ellas (por ejemplo, cuánto percibirán y cuál será el calendario de pago [de haber alguno]);

[b) Pormenorizar el trato otorgado a los accionistas;]

[c) Pormenorizar el trato otorgado a los créditos legales o privilegiados que no sean modificables por el plan[91a] ;]

d) Pormenorizar las condiciones del plan;

e) Definir el cometido del deudor en la ejecución del plan;

---

[92] Cuando el representante de la insolvencia no se encargue de preparar el plan y la nota informativa, o no participe en su preparación, debería exigirse del representante que formule sus observaciones acerca de uno y otro documento. Todo dato revelado en la nota informativa deberá ser objeto de las obligaciones de confidencialidad examinadas en los párrs...y en la recomendación 96.

[91a] [Por razones de orden público de derecho interno, algunos Estados no permiten que ciertos créditos, tales como los créditos fiscales y algunos créditos salariales sean modificados en la insolvencia. Véanse párrs. 291, 633-635 y la recomendación 172.]

f) Dar a conocer a los que se encargarán de la futura gestión de la empresa deudora y a los que supervisarán la ejecución del plan [indicando su relación con la empresa deudora y su remuneración]; e

g) Indicar las modalidades de ejecución del plan.

Mecanismos de voto

130) Suprímase la última oración: véase la recomendación 142.

[130A) El régimen de la insolvencia debería especificar que todo acreedor cuyos derechos sean modificados por el plan no quedará vinculado por los términos del plan salvo que se haya dado a dicho acreedor [la oportunidad] [una oportunidad razonable] de votar sobre dicho plan.]

[130B) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el plan no vaya a modificar los derechos de cierto acreedor o de cierta categoría de acreedores, o no los vaya a afectar adversamente, dicho acreedor o dicha categoría de acreedores no podrá votar en la aprobación del plan.]

[130C) Cuando el régimen de la insolvencia disponga que los acreedores que gocen de alguna garantía real o de alguna prelación podrán quedar vinculados por lo estatuido en el plan, dicho régimen deberá disponer también que dichos acreedores [podrán votar en el seno de [una o más] categorías que voten por separado] [serán distribuidos por categorías que votarán por separado] de los acreedores sin garantía o sin prelación alguna.]

[130D) El régimen de la insolvencia debería especificar que deberá ofrecerse a todos los acreedores de una misma categoría [el mismo trato] [las mismas condiciones].

Aprobación por categorías

133) Cuando la votación para la aprobación del plan se realice por categorías de acreedores, el régimen de la insolvencia debería especificar cuál será el efecto, para la aprobación del plan, del resultado obtenido en cada categoría. Cabe prever diversas soluciones, como la de requerir que el plan haya de ser aprobado por determinada mayoría de categorías [o por todas ellas], [pero que al menos una de las categorías de acreedores cuyos derechos se vean afectados por el plan deberá haberlo aprobado.]

134) Cuando el régimen de la insolvencia no requiera la aprobación del plan por todas las categorías de acreedores [cuyos derechos se vean afectados por el plan], el régimen de la insolvencia deberá prever el trato que se ha de dar a aquellas categorías que no voten a favor del plan que haya sido, por lo demás, aprobado por toda categoría cuya aceptación sea requerida [de conformidad con los motivos enunciados en la recomendación 138]a)-e)].

No aceptación del plan

135) Suprimida - véanse las recomendaciones 142 y 145.

Posibilidad de seguir utilizando los bienes gravados

137) Suprimida.

Confirmación de un plan aprobado

138) Cuando la ley requiera una confirmación judicial del plan aprobado, el tribunal deberá confirmar todo plan que satisfaga las condiciones siguientes:

a) [Se haya obtenido toda aprobación requerida y] se haya seguido adecuadamente el procedimiento prescrito para la aprobación;

b) Los acreedores percibirán [con arreglo al plan un valor] [un valor económico, calculado en la fecha de la validez efectiva del plan,] que sea al menos equivalente a lo que hubieran percibido en un procedimiento de liquidación, salvo que dichos acreedores hayan expresamente convenido en recibir un trato que sea menos favorable;

c) Nada de lo dispuesto en el plan sea contrario a derecho;

d) Vaya a ser plenamente satisfecho, todo crédito o gasto administrativo salvo en la medida en que el beneficiario de dicho crédito o gasto convenga en que se le otorgue un trato distinto; y

e) [Salvo en la medida en que [los acreedores afectados o] [las categorías de acreedores cuyos derechos se vean afectados por el plan] hayan convenido [otra cosa[94],] el trato que se ha de acordar a los créditos[93] [de los acreedores] conforme al plan será el que corresponda al orden de prelación de los créditos [de los acreedores] conforme al régimen de la insolvencia.] [El trato que se acordará conforme al plan a los créditos de toda categoría de acreedores que hayan votado contra el plan, será conforme al rango que corresponda a dicha categoría de crédito conforme al orden de prelación reconocido por el régimen de la insolvencia.]

Impugnación de la aprobación del plan (donde no se exija su confirmación judicial)

139) Cuando un plan pase a ser vinculante a raíz de su aprobación por los acreedores, sin que se requiera confirmación judicial alguna, el régimen de la insolvencia deberá facultar a toda parte interesada, incluido el deudor, a que impugne la aprobación del plan. El régimen de la insolvencia deberá especificar los criterios para la evaluación de toda impugnación interpuesta, entre los que cabe citar:

a) El de que se cumplan los motivos enunciados en la recomendación 138; y

b) El de que medie un supuesto de fraude, en cuyo caso serán aplicables los requisitos enunciados en la recomendación 140 a) - c).

Impugnación de un plan ya confirmado

140) El régimen de la insolvencia debería permitir la impugnación, por motivo de fraude de todo plan confirmado. En tal caso, el régimen de la insolvencia debería especificar:

a)-b) Sin modificaciones.

c) Que la impugnación sea presentada ante el tribunal.

---

[94] Incluido todo crédito por concepto de costas o de gastos administrativos.

[93] El tribunal deberá cerciorarse de que, si uno o más de los acreedores ha de recibir un trato menos favorable que el prescrito para los acreedores de su rango en el régimen de la insolvencia, dicho acreedor o acreedores han consentido en el trato que les vaya a ser otorgado.

Modificación del plan

142) El régimen de la insolvencia debería permitir la modificación de todo plan presentado, indicando cuáles son las partes que podrán proponer modificaciones y el calendario para hacerlo [lo que podrá hacerse durante el período que transcurra entre su presentación y aprobación, entre su aprobación y confirmación, y tras la confirmación del plan y durante su ejecución, mientras el procedimiento siga abierto.]

Aprobación de las modificaciones

143) El régimen de la insolvencia debería establecer el mecanismo para la aprobación de las modificaciones del plan. [Si la modificación se va a efectuar una vez que el plan ya esté aprobado por los acreedores,] se deberá dar aviso al respecto a los acreedores y demás partes [afectadas por la modificación]; deberá indicarse la parte obligada a dar dicho aviso; exigir que la modificación propuesta sea aprobada por los acreedores y demás partes [afectadas por la modificación] y que se cumpla toda regla relativa a su confirmación (cuando dicha confirmación sea requerida). El régimen de la insolvencia debería indicar también lo que sucedería en el supuesto de que la modificación propuesta no sea aprobada.

Supervisión de la ejecución del plan

144) Sin modificaciones.

Conversión de la reorganización en un procedimiento de liquidación

145) El régimen de la insolvencia debería facultar al tribunal para transformar un procedimiento de reorganización en otro de liquidación siempre que:

a) No se haya propuesto el correspondiente plan dentro del plazo que la ley imponga, sin que el tribunal haya otorgado prórroga alguna al respecto;

b) Dicha conversión haya sido solicitada por el representante de la insolvencia o por los acreedores;

c) No se haya aprobado el plan propuesto para la reorganización;

d) No se haya confirmado el plan aprobado (en todo supuesto en el que la ley requiera dicha confirmación);

e) Se haya impugnado con éxito un plan ya aprobado o confirmado; o

f) Haya ocurrido alguna violación importante [por el deudor] de las condiciones consignadas en el plan [o haya fracasado por algún otro motivo la ejecución del plan][95a].

[95a] [Esta actuación sólo será posible si el procedimiento sigue abierto durante la ejecución del plan.]

B. Procedimiento de reorganización agilizado[96a]

1. Introducción

551. Conforme a lo ya tratado en la primera parte en la Guía, la reorganización puede revestir diversas formas, entre las que cabe citar, la reorganización oficiosa (es decir la llevada a cabo por vía extrajudicial), las negociaciones voluntarias de reestructuración, que se desarrollan sin ninguna o casi ninguna intervención judicial y que dependen básicamente del acuerdo negociado entre las partes interesadas, y el procedimiento de reorganización que ha de efectuarse bajo la supervisión oficial de un tribunal. En el procedimiento oficial suelen intervenir todos los acreedores del deudor y su desarrollo suele requerir un plan de reorganización formulado y aprobado por los acreedores y por toda otra parte interesada a raíz de la apertura del procedimiento. La reorganización de la empresa puede efectuarse, no obstante, también por un procedimiento abierto para dar curso a un plan libremente convenido, por medio de negociaciones voluntarias de reestructuración, con el consentimiento de todos los acreedores afectados, y que será negociado previamente a la apertura de todo procedimiento, en aquellos países en los que el régimen de la insolvencia permita que el tribunal agilice la tramitación de dicho procedimiento (tramitándolo por la vía designada en la presente sección por el término de procedimiento de reorganización agilizada).

551A. Dado que muchos de los gastos, demoras y requisitos procesales o jurídicos de un procedimiento oficial de reorganización pueden evitarse cuando se recurre a las negociaciones voluntarias de reorganización, y a la vía de reorganización agilizada, esta vía será a menudo la más económica para resolver las dificultades financieras de un deudor, aunque tal vez no sirva en algunos puestos para resolver dichas dificultades, por depender su éxito de algunas condiciones que se examinan en la primera parte de la Guía. Cabe citar a este respecto la de que una proporción importante del endeudamiento de la empresa se haya contraído con un reducido número de grandes bancos o instituciones financieras; la aceptación por los acreedores del parecer de que tal vez sea preferible negociar un arreglo, entre la empresa deudora y las entidades financieras, así como entre las propias entidades financieras entre sí, para resolver las dificultades financieras del deudor; la perspectiva de que tal vez sea más provechoso, para todos los interesados, abrir un proceso de negociación que recurrir directamente y sin ninguna instancia previa al régimen legal de la insolvencia (en parte porque, en el marco de una negociación, el resultado sigue estando en manos de las partes interesadas y el procedimiento resulta menos costoso al poderse tramitar rápidamente y sin necesidad de perturbar el curso normal del negocio del deudor); y la de que el deudor no necesite ser exonerado judicialmente de ciertas deudas comerciales, o no precise de algunas otras ventajas que podría obtener por la vía judicial, tales como la paralización automática de toda otra actuación procesal o la facultad de rechazar ciertas deudas particularmente onerosas.

551B. Pese a depender de dichas condiciones, las negociaciones voluntarias de reestructuración de la empresa y la vía de reorganización agilizada constituyen una

---

[96a] Dado que esta vía de reorganización solo podrá emprenderse de haber sido estipulada en el marco de una negociación voluntaria de la reorganización, la presente sección deberá ser interpretada a la luz de lo ya dicho en la sección A del capítulo II de la primera parte.

valiosa herramienta que debe figurar entre las soluciones ofrecidas por el derecho interno al sector comercial de un país en todo supuesto de insolvencia. El hecho de que se fomente el recurso a estas soluciones no obedece necesariamente a que el régimen oficial de la insolvencia de determinado de país sea deficiente, ineficaz o poco fiable, sino más bien a las ventajas que dicha vía puede reportar a los interesados como complemento de una vía puramente judicial, que sirva de garantía última de la equidad y certeza de toda solución que sea eventualmente negociada. Además, la vía agilizada suele funcionar mejor cuando exista la posibilidad de que, caso de no poderse abrir o de fracasar las negociaciones, cabrá recurrir con celeridad y eficacia al régimen legal de la insolvencia.

552. Al comienzo de la tercera oración insértense las palabras "Con miras a proporcionar un marco para la negociación que sea aceptable para todos los participantes y que facilite el éxito ...".

553. A partir de la tercera oración inclusive, reformúlese el texto como sigue:

> Conforme a la mayoría de los ordenamientos jurídicos existentes, dicha modificación de derechos de origen contractual requerirá la apertura de un procedimiento de reorganización ordinario bajo plena supervisión judicial, en el que intervengan todos los acreedores y se satisfagan todos los requisitos del régimen de la insolvencia relativos al desarrollo de dicho procedimiento. El factor "tiempo" suele tener una importancia decisiva para la reorganización de una empresa, por lo que toda demora (factor inherente al procedimiento judicial ordinario) puede resultar costosa o incluso hacer que fracase la tentativa de llegar a una solución eficaz.

2. Acreedores que suelen participar en las negociaciones voluntarias de reestructuración

554. Sin modificaciones.

555. El hecho de que en la negociación voluntaria de la reorganización de una empresa, designada por el término "negociaciones voluntarias de reestructuración" suelan intervenir pocas categorías de acreedores hace que sea más fácil llegar a un acuerdo que en una reorganización efectuada bajo plena supervisión judicial, dado que este último procedimiento afectará normalmente a todos los créditos existentes frente a la empresa deudora. Al ser habitual que en las negociaciones voluntarias de reestructuración se siga pagando, en el giro normal del negocio, a los acreedores no institucionales y a otros acreedores, como los acreedores comerciales, no es probable que dichos acreedores tengan nada que objetar a la reorganización propuesta, por lo que no será preciso que participen en las negociaciones. Ahora bien, cuando los derechos de esos acreedores se vean afectados por el plan de reorganización propuesto deberá recabarse su acuerdo para toda modificación que les afecte.

3. Procedimiento para ejecutar un acuerdo voluntario de reestructuración

556. Cabe que el régimen de la insolvencia contenga, en el marco de sus disposiciones relativas a la apertura de un procedimiento de reorganización, disposiciones por las que se prevea el reconocimiento de un acuerdo voluntario de reestructuración y que permitan agilizar a dicho respecto el curso habitual del procedimiento. Cuando así suceda, tal vez proceda determinar cuáles son los

deudores que podrán acogerse a la vía de negociación abierta por dichas disposiciones y cuáles son las partes que podrán verse afectadas por dicho procedimiento agilizado.

a) Deudores que podrán recurrir a dicha vía de reorganización agilizada

557. Cabrá abrir un procedimiento de reorganización agilizado a instancia de todo deudor que esté facultado para solicitar la apertura de un procedimiento de reorganización ordinario, conforme a lo previsto en el régimen de la insolvencia, por ser probable que no pueda satisfacer el pago de todas sus deudas a su vencimiento.

558. Sin modificaciones.

b) Obligaciones afectadas

559. Reformúlese la última oración como sigue:

Las categorías de obligaciones afectadas en cada caso serían las señaladas al respecto en el plan que sea reconocido en el marco del procedimiento agilizado.

c) Aplicación del régimen de la insolvencia

560. Reformúlense la primera y la segunda oración como sigue:

Todo régimen de la insolvencia que permita que se recurra a la vía de reorganización agilizada deberá indicar cuáles de sus disposiciones, que sean aplicables a un procedimiento ordinario, bajo plena supervisión judicial, lo serán igualmente a un procedimiento agilizado, particularmente en el supuesto que se haya previsto alguna modificación en la forma en que dichas disposiciones deban aplicarse. Por ejemplo, las disposiciones que generalmente se aplicarían (salvo que se modifiquen explícitamente) a este tipo de procedimiento, al igual que a los procedimientos bajo plena supervisión judicial, serían las disposiciones relativas a: la solicitud de apertura; la declaración de apertura; la paralización de las actuaciones; la obligación de hacer una lista de todos los acreedores (a fin de informar al tribunal, y de poder determinar con certeza cuáles serán los acreedores que se verán afectados por el plan y cuáles no); los requisitos para la aprobación del plan (particularmente el de que se facilite el texto de dicho plan y la documentación informativa auxiliar a los acreedores que hayan de verse afectados por su desarrollo, el de que se determinen las categorías de acreedores reconocidas, así como la formación eventual de un comité de acreedores, y el de indicar los criterios y mayorías requeridas para la aprobación del plan); el efecto y la confirmación del plan, así como las pautas que habrán de observarse para amparar los intereses de los acreedores discrepantes; las cuestiones concernientes a la ejecución del plan y a la satisfacción de los créditos.

561. Reformúlese la primera oración como sigue:

Las disposiciones del régimen de la insolvencia que tal vez no sean aplicables a un procedimiento agilizado serían las relativas a: el nombramiento de un representante de la insolvencia, salvo que el plan prevea explícitamente dicho

nombramiento; la presentación de los créditos; los requisitos de notificación y los plazos para la aprobación del plan (cuando el régimen de la insolvencia regule dichos extremos); y la votación acerca del plan (dado que dicha votación se efectuará antes de la apertura).

562. Sin modificaciones.

d) Agilización del procedimiento

563. Reformúlese la primera oración como sigue:

A fin de aprovechar al máximo el acuerdo negociado y de evitar demoras que puedan imposibilitar su aplicación, tal vez convenga que el régimen de la insolvencia, además de reconocer toda medida que haya sido adoptada conforme a lo indicado con anterioridad a la apertura, prevea la manera de tramitar un procedimiento agilizado más rápidamente que un procedimiento ordinario, que haya de desarrollarse bajo plena supervisión judicial.

Reformúlese la cuarta oración como sigue:

Por ejemplo, si el plan de reorganización negociado ha sido aceptado por una mayoría de los acreedores de determinada categoría -normalmente la de los acreedores institucionales- que sea de por sí suficiente para su aprobación con arreglo a la normativa aplicable al respecto a tenor del régimen de la insolvencia, y si los derechos de los demás acreedores no se verán afectados por dicho plan, tal vez sea posible que el tribunal convoque una reunión o una audiencia a la que sólo asistan los acreedores de dicha categoría.

564. Reformúlese la primera oración como sigue:

Aun cuando el régimen de la insolvencia prevea que el procedimiento pueda ser agilizado en ciertos casos, sería sumamente conveniente que dicho régimen no aminore, en tales casos, el amparo que sería normalmente otorgado a los acreedores y demás partes eventualmente discrepantes en un procedimiento de reorganización ordinario, bajo plena supervisión judicial.

565. Tal vez proceda modificar otras leyes para fomentar o prever, según proceda, tanto las negociaciones voluntarias de reestructuración como toda otra vía que se haya abierto para la reorganización agilizada de una empresa. Cabe citar a dicho respecto las leyes por las que se haga responsable a los directivos de una empresa de toda operación comercial efectuada durante la celebración de una negociación voluntaria de la reorganización, así como toda ley que no reconozca las obligaciones nacidas de la financiación otorgada a la empresa durante dicho período o que declare impugnables dichas obligaciones, y toda ley que restrinja la conversión de la deuda de una empresa en participaciones en el capital social de la misma.

Recomendaciones

Contenido de las disposiciones legales

Apertura de un procedimiento de reorganización agilizado

146) El régimen de la insolvencia debería especificar que podrá abrirse un procedimiento agilizado a instancia de todo deudor que:

a) Sea probable que no pueda, en términos generales, pagar sus deudas a su vencimiento;

b) Haya negociado un plan de reorganización que haya sido aceptado por cada categoría afectada de acreedores y por cada acreedor afectado que no forme parte de una categoría con derecho a votar; y

c) Sin modificaciones.

Requisitos para la admisión de una solicitud

147) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda solicitud de apertura de un procedimiento agilizado de reorganización deberá ir acompañada de la siguiente documentación:

a) El plan de reorganización y la nota informativa;

b) Una descripción de las negociaciones voluntarias de reestructuración que hayan precedido a la presentación de la solicitud de apertura, así como de la información facilitada a los acreedores afectados a fin de que puedan pronunciarse sobre el plan con conocimiento de causa;

c) Un documento que certifique que todo acreedor no afectado por el plan será pagado en el giro normal del negocio y que el plan propuesto no modifica ni menoscaba derecho o crédito alguno de los acreedores privilegiados, como sería el caso de todo crédito fiscal o de la seguridad social o de todo crédito salarial [sin el consentimiento de los interesados] [, salvo que se les haya dado la oportunidad de votar sobre el plan];

d) Sin modificaciones;

e) Un análisis financiero o toda otra prueba que demuestre que el plan cumple con los requisitos exigibles para la reorganización; y

f) Una lista de los miembros de todo comité de acreedores formado en el curso de las negociaciones voluntarias de reestructuración.

Apertura del procedimiento

148) El régimen de la insolvencia debería especificar que la solicitud de apertura dará lugar a la apertura automática del procedimiento o que el tribunal deberá pronunciarse sin demora sobre si el deudor reúne las condiciones requeridas por la recomendación 146 y, en dicho caso, deberá declarar abierto el procedimiento.

Efecto de la apertura

149) El régimen de la insolvencia debería especificar que:

a) Sus disposiciones que sean aplicables al procedimiento ordinario de reorganización lo serán igualmente a todo procedimiento agilizado, salvo indicación expresa en contrario[98];

[98] Las disposiciones del régimen de la insolvencia que normalmente no serán aplicables son las relativas a: la presentación de todos los créditos; la notificación y plazos para la aprobación del plan; los trámites previstos para la presentación del plan y de la nota informativa

b) A menos que el tribunal decida otra cosa, la apertura de un procedimiento agilizado sólo surtiría efecto frente al deudor, así como frente a aquellos acreedores y categorías de acreedores y frente a todo accionista cuyos derechos sean modificados o puedan verse afectados por el plan;

c) Sin modificaciones; y

d) Deberá celebrarse, a la mayor brevedad, una vista ante el tribunal sobre la confirmación del plan.

Notificación de la apertura

150) El régimen de la insolvencia debería prescribir que deberá darse aviso, por todo medio disponible, de la apertura de un procedimiento agilizado a todo acreedor [afectado], así como a todo accionista [afectado]. En dicho aviso debería especificarse:

a)-d) Sin modificaciones; y

e) Las repercusiones del plan para los accionistas.

Confirmación del plan

151) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal confirmará el plan:

a) Si el plan satisface los requisitos de fondo que sean exigibles para su confirmación en un procedimiento de reorganización ordinario, en la medida en que dichos requisitos sean aplicables a los acreedores y accionistas que puedan verse afectados por el plan;

b) Si la notificación dada y la información facilitada a los acreedores y accionistas que puedan verse afectados por el plan, en el curso de las negociaciones voluntarias de reestructuración, son suficientes para que dichas personas puedan pronunciarse sobre el plan con conocimiento de causa, y si toda solicitud de aceptación del plan presentada previa a la apertura era conforme a la normativa que le sea aplicable; y

c) Si se está pagando, en el giro normal del negocio, a todo acreedor no afectado por el plan y si el plan no modifica ni menoscaba derecho o crédito alguno de los acreedores privilegiados, como sería el caso de todo crédito fiscal o de la seguridad social o de todo crédito salarial, sin el consentimiento de los interesados [, salvo que se les haya dado la oportunidad de votar sobre el plan]; y

d) Sin modificaciones.

---

complementaria a los acreedores y demás partes interesadas y para la votación del plan, que sean posteriores a la apertura del procedimiento; el nombramiento de un representante de la insolvencia (que por lo general no será nombrado salvo que lo exija el plan); así como las disposiciones relativas a la modificación de un plan ya confirmado. Una excepción respecto de las disposiciones aplicables a los procedimientos ordinarios de reorganización sería la de que los acreedores no afectados por el plan serán pagados, en el giro normal del negocio, durante la ejecución del plan.

Efecto de un plan confirmado

152) El régimen de la insolvencia debería especificar que el plan ya confirmado por el tribunal deberá surtir efecto únicamente frente al deudor y frente a aquellos acreedores y accionistas que vayan a ser afectados por el plan

Fracaso de la ejecución de un plan confirmado

153) El régimen de la insolvencia debería especificar que de ocurrir alguna grave violación de los términos de un plan, que el tribunal haya confirmado por ser conformes con las condiciones enunciadas en la recomendación 151, el procedimiento podrá darse por clausurado y los acreedores podrán ejercitar todo derecho que les sea reconocido por la ley aplicable.

II. ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor de su 39º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de noviembre de 2003)

(A/CN.9/545) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
I.	Introducción	1-17
II.	Resumen de las deliberaciones y decisiones	18
III.	Proyecto revisado de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional sobre las facultades de que gozará un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares	19-92
	Párrafo 1	20
	Párrafo 2	21-27
	Apartados a) y b)	22-25
	Apartado c)	26
	Apartado d)	27
	Párrafo 3	28-32
	Apartado a)	29-30
	Apartado b)	31-32
	Párrafo 4	33-34
	Párrafo 5	35-43
	Párrafo 6	44-48
	Párrafo 7	49-92
	Apartado a)	52-54
	Inciso i) del apartado a)	55
	Inciso ii) del apartado a)	56
	Inciso iii) del apartado a)	57-58
	Apartado b)	59-62
	Inciso i) del apartado b)	63-68
	Inciso ii) del apartado b)	69-70

Apartado c) 71-73
Apartado d) 74-82
Apartado e) 83-87
Apartado f) 88-92
IV. Proyecto revisado de artículo 17 bis de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional relativo al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares 93-112
Párrafo 1 95-102
Párrafo 2 103
Apartado a) 104
Inciso i) del apartado a) 105-112

I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión tuvo a su disposición una nota titulada "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460). Agradeciendo la oportunidad de examinar si era conveniente y factible impulsar el desarrollo del derecho aplicable al arbitraje comercial internacional, la Comisión consideró en general que había llegado el momento de que se evaluara la amplia y positiva experiencia que habían adquirido los países en la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) a su derecho interno, así como en la aplicación del Reglamento de Arbitraje y del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de proceder a determinar, en el foro universal constituido por la Comisión, si las ideas y propuestas presentadas eran aptas para mejorar la legislación, los reglamentos y las prácticas aplicables en materia de arbitraje[1].

2. La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo II (Arbitraje), y decidió que los temas prioritarios del Grupo de Trabajo fueran la conciliación[2], el requisito sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje[3], la ejecutabilidad de las medidas cautelares[4] y la posible ejecutabilidad de un laudo anulado en el Estado de origen[5].

3. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/54/17), párr. 337.
[2] Ibíd., párrs. 340 a 343.
[3] Ibíd., párrs. 344 a 350.
[4] Ibíd., párrs. 371 a 373.
[5] Ibíd., párrs. 374 y 375.

realizada en su 32º período de sesiones (A/CN.9/468). La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y reiteró al Grupo de Trabajo su mandato de fijar el calendario y el procedimiento para el examen de los temas de su labor futura. Se hicieron varias declaraciones en el sentido de que, en general, al determinar las prioridades de los futuros temas de su programa, convendría que el Grupo de Trabajo prestara especial atención a lo que fuera viable y práctico, así como a cuestiones respecto de las cuales la jurisprudencia hubiera dado lugar a situaciones jurídicas inciertas o poco satisfactorias. Como temas eventualmente merecedores de ser examinados por la Comisión se mencionaron, además de los que el Grupo de Trabajo pudiera señalar, la determinación del significado y de los efectos de la disposición relativa al derecho más favorable, enunciada en el artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (denominada en adelante "la Convención de Nueva York") (A/CN.9/468, apartado k) del párrafo 109); la presentación de demandas en un procedimiento arbitral para salvaguardar algún derecho compensatorio y la competencia de un tribunal arbitral al respecto (apartado g) del párrafo 107); la autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas que ellas hayan designado (apartado c) del párrafo 108); la facultad discrecional residual para declarar ejecutable un laudo aun cuando se dé alguno de los motivos previstos en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 para denegar su ejecución (apartado i) del párrafo 109); y los poderes del tribunal arbitral para otorgar indemnización en forma de intereses (apartado j) del párrafo 107). Se tomó nota con beneplácito de que, en lo referente a los arbitrajes tramitados por vía informática (es decir, tramitados en parte o incluso en su totalidad por medios electrónicos de comunicación) (párr. 113), el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje cooperaría con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Respecto de la eventual ejecutabilidad de laudos anulados en el Estado de origen (apartado m) del párrafo 107), se expresó la opinión de que no era previsible que esta cuestión planteara muchos problemas y que la jurisprudencia que la había suscitado no debía considerarse reflejo de una tendencia ya establecida[6].

4. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los informes del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en sus períodos de sesiones 33º y 34º (A/CN.9/485 y A/CN.9/487, respectivamente). La Comisión elogió los progresos realizados hasta esa fecha por el Grupo de Trabajo respecto de las tres principales cuestiones objeto de examen, a saber, el requisito sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje, la cuestión de las medidas cautelares y la preparación de una ley modelo sobre la conciliación[7].

5. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional y tomó nota con reconocimiento del informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 36º período de sesiones (A/CN.9/508). La Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados hasta entonces respecto de los temas objeto de examen, a saber, el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje y las cuestiones relativas a las medidas cautelares.

---

[6] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/55/17), párr. 396.

[7] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/56/17), párrs. 312 a 314.

6. Con respecto al requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había examinado el proyecto de disposición legislativa modelo por el que se revisaba el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (A/CN.9/WG.II/WP.118, párr. 9) y había debatido sobre un proyecto de instrumento interpretativo referente al párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York (ibíd., párrs. 25 y 26). La Comisión observó que el Grupo de Trabajo no había llegado a un consenso sobre si se debía preparar un protocolo de enmienda o un instrumento interpretativo de la Convención de Nueva York y señaló que había que mantener abiertas ambas opciones para su examen por el Grupo de Trabajo o la Comisión en una etapa posterior. La Comisión tomó nota de la decisión del Grupo de Trabajo de ofrecer orientación sobre la interpretación y aplicación de los requisitos de forma escrita en la Convención de Nueva York, con miras a lograr un mayor grado de uniformidad. Con ese fin, cabía hacer una valiosa contribución a la guía para la promulgación del proyecto de nuevo artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje. Se había pedido a la Secretaría que preparase esa guía para que la examinara ulteriormente el Grupo de Trabajo, limando las diferencias entre las nuevas disposiciones y la Convención de Nueva York, a la espera de una decisión definitiva del Grupo de Trabajo sobre la mejor manera de ocuparse de la aplicación del párrafo 2) del artículo II de la Convención (A/CN.9/508, párr. 15). La Comisión consideró que los Estados Miembros y observadores que participasen en las deliberaciones del Grupo de Trabajo deberían disponer de abundante tiempo para celebrar consultas sobre esas importantes cuestiones, incluida la posibilidad de examinar ulteriormente el significado y el efecto de la disposición sobre el derecho más favorable del artículo VII de la Convención de Nueva York, tal como observó la Comisión en su 34º período de sesiones. Con ese fin, la Comisión consideró que podía ser preferible que el Grupo de Trabajo pospusiera sus debates sobre el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje y la Convención de Nueva York hasta su 38º período de sesiones, que se celebrará en 2003.

7. Con respecto a las cuestiones de las medidas cautelares, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había examinado un proyecto de texto para una revisión del artículo 17 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 74) y que se había pedido a la Secretaría que preparase proyectos revisados de disposición, basados en las deliberaciones del Grupo de Trabajo, para su examen en un futuro período de sesiones. También se observó que el Grupo de Trabajo examinaría, en su 37º período de sesiones, un proyecto revisado de nuevo artículo de la Ley Modelo preparado por la Secretaría, referente a la cuestión de la ejecutabilidad de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral (ibíd., párr. 83) (A/CN.9/508, párr. 16)[8].

8. En su 37º período de sesiones, celebrado en Viena del 7 al 11 de octubre de 2002, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral sobre la base de una propuesta presentada por los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.II/WP.121) y de una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.119). El Grupo de Trabajo también sostuvo un breve debate sobre la cuestión del reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares, que se basó en una nota preparada por la Secretaría. A este respecto, los Estados

[8] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párrs. 182 a 184.

Unidos presentaron una nueva propuesta de redacción (A/CN.9/523, párrs. 14, 78 y 79).

9. En su 38º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 12 al 16 de mayo de 2003, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión del reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral, así como un proyecto de disposición que trataba de la competencia del tribunal para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje. Se pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado en el que se enumeraran las distintas opciones examinadas por el Grupo de Trabajo.

10. En su 36º período de sesiones, celebrado en Viena del 30 de junio al 11 de julio de 2003, la Comisión convino en que era improbable que antes del 37º período de sesiones de la Comisión, que se celebraría en 2004, el Grupo de Trabajo pudiera concluir el examen de todos los temas, concretamente el de la forma escrita de los acuerdos de arbitraje y las diversas cuestiones que planteaban las medidas cautelares. La Comisión tenía constancia de que el Grupo de Trabajo daría prioridad a la cuestión de las medidas cautelares y señaló que la cuestión de las medidas cautelares dictadas a instancia de parte, que según la Comisión seguía siendo una cuestión controvertida, no debería obstaculizar los progresos al respecto[9].

11. El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 39º período de sesiones en Viena del 10 al 14 de noviembre de 2003. Asistieron a él los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Lituania, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Singapur, Suecia y Tailandia.

12. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Albania, Argelia, Argentina, Australia, Costa Rica, Chipre, Croacia, Cuba, Dinamarca, Eslovaquia, Finlandia, Irlanda, Kuwait, Líbano, Nigeria, Pakistán, Panamá, Perú, Polonia, Qatar, República de Corea, Suiza, Turquía, Ucrania, Venezuela, Yemen y Zimbabwe.

13. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones intergubernamentales: Comité Asesor del artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Corte Permanente de Arbitraje, Unión Internacional del Notariado Latino (UINL).

14. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales invitados por la Comisión: Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, *Chartered Institute of Arbitrators*, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Centro Regional de Arbitraje de Kuala Lumpur, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, *Club of Arbitrators*, *Conseil des Barreaux de l'Union Européenne (CCBE)*, Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, *Moot Alumni*

[9] Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párr. 203.

Association, *School of International Arbitration* y Unión Árabe de Arbitraje Internacional.

15. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

Presidente: Sr. José María ABASCAL ZAMORA (México);

Relatora: Sra. Vilawan MANGKLATANAKUL (Tailandia).

16. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: a) el programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.124); b) una nota de la Secretaría en la que figuraba el texto revisado de un proyecto de disposición sobre las facultades de que gozará un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares (A/CN.9/WG.II/WP.123); c) un proyecto de disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares, revisado en cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 38º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.125); d) el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de sus períodos de sesiones 37º y 38º (A/CN.9/523 y 524).

17. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Calendario de reuniones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Preparación de disposiciones uniformes sobre las medidas cautelares para su incorporación a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

II. Resumen de las deliberaciones y decisiones

18. El Grupo de Trabajo examinó el tema 4 del programa basándose en el texto de las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.123 y A/CN.9/WG.II/WP.125). Sus deliberaciones y conclusiones sobre ese tema quedan recogidas en los capítulos III y IV *infra*. Se pidió a la Secretaría que, basándose en las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, preparara proyectos revisados de varias disposiciones.

III. Proyecto revisado de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional sobre las facultades de que gozará un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares

19. El texto del proyecto de artículo 17 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de parte, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entiende toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes que:

a) mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se dirima la controversia [, a fin de asegurar o de facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente];

b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que pudieran ocasionarlo [, a fin de asegurar o de facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente];

c) ofrezca alguna vía preliminar para constituir en garantía ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

[d) preserve ciertas pruebas que pudieran ser de interés o importantes para resolver la controversia.]

3) Toda parte requirente de una medida cautelar deberá [demostrar] [hacer ver] [probar] [establecer] que:

a) sufrirá un daño irreparable si no se ordena la medida solicitada, y que ese daño es notablemente superior al daño que dicha medida pueda suponer para la parte afectada por la misma; y

b) existe una posibilidad razonable de que la demanda de la parte requirente prospere sobre el fondo del litigio, siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno las determinaciones subsiguientes a que pueda llegar el tribunal.

4) [Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 7 b) ii), [Salvo que a tenor del inciso 7 b) ii) sea ya imperativo depositar caución,] el tribunal arbitral podrá ordenar a la parte requirente, o a toda otra parte, que deposite la caución que estime oportuna como requisito para otorgar la medida cautelar requerida.

5) El tribunal arbitral podrá, en todo momento, modificar o levantar una medida cautelar [, a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio de circunstancias que lo justifique].

6) La parte requirente deberá, a partir del momento en que solicite la medida, informar con prontitud al tribunal arbitral de todo cambio importante en las circunstancias que motivaron que esa parte solicitara la medida cautelar o que el tribunal la otorgara.

7) a) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá [, en supuestos excepcionales,] otorgar una medida cautelar, sin previo aviso a la parte [contra la que se otorgue la medida] [afectada por la medida], cuando:

i) dicha medida sea urgente;

ii) se den los requisitos enunciados en el párrafo 3); y

iii) la parte requirente haga ver la necesidad de obrar así a fin de que la finalidad de la medida no se vea frustrada antes de haber sido otorgada;

b) La parte requirente:

i) será responsable de todo daño o gasto que la medida ocasione a la parte [contra la que vaya dirigida] [afectada por la misma] [en la cuantía que proceda, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, en función de lo que disponga el laudo que dirima el fondo del litigio]; y

ii) deberá depositar una caución en la forma que el tribunal arbitral considere adecuada [, para responder de todo daño o gasto ocasionado conforme a lo previsto en el inciso i),] [como requisito para otorgar una medida requerida en el marco del presente párrafo];

[c) [Para no dar lugar a dudas,] el tribunal arbitral será competente para pronunciarse, entre otras cosas, sobre toda cuestión suscitada por el anterior [apartado b)] o con él relacionada];

[d) La parte [contra la que vaya dirigida] [afectada por] una medida cautelar otorgada con arreglo al presente párrafo será notificada de la medida y le será dada la oportunidad de ser oída por el tribunal arbitral [tan pronto como lo permita la necesidad de actuar a instancia de parte para garantizar la eficacia de la medida] [dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación, o en todo otro momento o fecha que sea adecuado en las circunstancias del caso];]

[e) Toda medida cautelar impuesta con arreglo a este párrafo no será válida por más de veinte días [a partir de la fecha en que el tribunal arbitral imponga la medida] [a partir de la fecha en que la medida surta efecto frente a la otra parte], plazo que no será prorrogable. No se verá afectada por lo dispuesto en el presente apartado la autoridad del tribunal arbitral para otorgar, confirmar, prorrogar o modificar una medida cautelar con arreglo a lo previsto en el párrafo 1) una vez que la parte [contra la que vaya dirigida la medida] [afectada por la medida] otorgada haya sido notificada de la misma y haya tenido oportunidad de ser oída;]

[f) La parte que solicite una medida cautelar con arreglo al presente párrafo estará obligada a informar al tribunal arbitral de toda circunstancia que sea probable que el tribunal estime del caso o de interés para su determinación de si se cumplen o no los requisitos enunciados en el presente párrafo;]"

Párrafo 1)

20. El Grupo de Trabajo consideró que el contenido del párrafo 1) era en general aceptable.

Párrafo 2)

Carácter exhaustivo de la enumeración de las funciones características de las medidas cautelares

21. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 37º período de sesiones, había convenido en que debía quedar absolutamente claro que la lista de medidas cautelares enunciadas en los diversos apartados no pretendía ser exhaustiva (A/CN.9/508, párr. 71). El Grupo de Trabajo señaló que, en su nueva redacción, la lista parecía exhaustiva. El Grupo de Trabajo pasó a estudiar si el texto actual

abarcaba todos los motivos concebibles por los cuales pudiera haber que otorgar una medida cautelar. Se sugirió que se agregara al texto un apartado en que se dejara abierta la posibilidad de que un tribunal arbitral pudiera dictar una medida cautelar en circunstancias excepcionales no reguladas por el actual párrafo 2). Si bien esta sugerencia recibió cierto apoyo, predominó la opinión de que ese nuevo apartado sería innecesario. Se recordó que en la versión anterior del párrafo se había procurado enumerar todos los tipos de medidas cautelares, mientras que en el texto actual se hace una clasificación genérica muy amplia en que se describen las funciones o finalidades de diversas medidas cautelares sin centrarse en medidas específicas. Así pues, en el proyecto actual se ha seguido un criterio flexible para abarcar todas las posibles circunstancias en que pueda solicitarse una medida cautelar. Se observó también que era preferible enunciar una lista genérica exhaustiva, ya que de este modo se aclaraba la cuestión de los poderes del tribunal arbitral y se podía dar seguridad a los tribunales judiciales en lo que respectaba al reconocimiento y a la ejecución de una medida cautelar. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que, habida cuenta de que en la lista revisada que figuraba en el párrafo 2) se enunciaban genéricamente todas las finalidades de las medidas cautelares, ya no era necesario formular la lista de modo que no fuera exhaustiva.

Apartados a) y b)

"[a fin de asegurar o de facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente]"

22. Se sugirió que se suprimieran, en los apartados a) y b), las palabras que figuraban entre corchetes (", a fin de asegurar o de facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente"). Esta sugerencia se justificó argumentando que en el párrafo 2) se daba una definición de las medidas cautelares, pero no se enunciaban los requisitos para dictar una medida cautelar, regulados en el párrafo 3) del proyecto de artículo. Se estimó que, de mantenerse esas palabras en los apartados a) y b), podría entenderse que con ello se imponía un requisito suplementario que habría de cumplirse antes de poder otorgar una medida cautelar. Además, se señaló que podía haber circunstancias en que la finalidad de la solicitud de medidas cautelares no fuera asegurar o facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente y que, por ejemplo, una parte podría tratar de obtener una medida cautelar con el fin de impedir que otra parte agravara la controversia entablando un procedimiento en otro foro. El Grupo de Trabajo convino en suprimir las palabras entre corchetes que figuraban en los apartados a) y b)

"mantener o restablecer el statu quo"

23. Se sugirió que los apartados a) y b) se unieran y formaran un único apartado, ya que la necesidad de mantener o restablecer el *statu quo* sólo debería constituir una subcategoría de un conjunto más amplio de circunstancias en que una medida cautelar fuera necesaria para impedir que se perjudicara a la parte que solicitara tal medida. Se planteó otra cuestión, más fundamental, sobre si el mantenimiento o el restablecimiento del *statu quo* habría de considerarse una función natural del tribunal arbitral cuando no se diera ninguna de las circunstancias enunciadas en el apartado b). No obstante, se opinó en general que era esencial mantener el apartado a) en el texto, en el que se enunciaba el concepto del mantenimiento del

statu quo, dado que ese concepto estaba muy arraigado en muchos ordenamientos jurídicos, donde se consideraba como una finalidad de una medida cautelar.

"daño actual o inminente"

24. Se expresó la opinión de que si el Grupo de Trabajo convenía en suprimir las palabras que figuraban entre corchetes en el apartado b), quedaría en el texto una definición muy amplia del concepto de "daño" sin que se especificara la naturaleza de dicho daño ni la persona que pudiera sufrirlo. Se sostuvo que ello podía dar pie a que los tribunales arbitrales dictaran medidas cautelares cuya eficacia no sería reconocida por los tribunales judiciales; además, con ello se propiciarían también controversias ante los tribunales encargados de la ejecución sobre el tipo de daño requerido. Tras un debate, sin embargo, el Grupo de Trabajo convino en que, pese al solapamiento que había entre los apartados a) y b), era improbable que el mantenimiento de ambos apartados en el texto resultara perjudicial y cabía incluso la posibilidad de que en ciertos ordenamientos jurídicos se considerara particularmente útil.

25. Se planteó la cuestión de si las palabras "impedir algún daño actual o inminente, o ... ciertos actos que pudieran ocasionarlo", en el apartado b), eran apropiadas o si podían crear problemas a la hora de aportar pruebas, dado que, cuando se solicitaba una medida cautelar, no existían a menudo datos suficientes para demostrar que, a menos que se adoptara una determinada medida o que se impidiera su adopción, se produciría inevitablemente un daño. Se propuso que, para que no fuera así, el texto dijera, "que tal vez lo ocasionaría" o "que probablemente lo ocasionaría". Varias delegaciones pusieron reparos por considerar que con esos términos se podía facilitar excesivamente la obtención de medidas cautelares y dar al tribunal arbitral demasiado margen de discreción para dictar una medida cautelar. Tras un debate, no obstante, el Grupo de Trabajo decidió que se sustituyeran las palabras "que pudieran ocasionarlo" por palabras como "que probablemente lo ocasionarían".

Apartado c)

26. Se pidió que se aclarara el significado del apartado c) y, en particular, las palabras de la versión inglesa "*securing assets*" (traducidas al español por los términos "constituir en garantía ciertos bienes"). Se argumentó que esas palabras podrían interpretarse erróneamente como una obligación de aportar una garantía jurídica. El Grupo de Trabajo convino en que esas palabras significaban simplemente "reunir bienes" y que no debían interpretarse como requisito de constitución de bienes en garantía en todos los casos. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en general en que el apartado c) tenía por objeto que se velara por la preservación de los bienes. El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que el grupo de redacción que estableciera ulteriormente la Secretaría para armonizar las versiones en los distintos idiomas examinara la posibilidad de sustituir las palabras "*securing assets*" ("constituir en garantía ciertos bienes") por las palabras "*preserving assets"* ("preservar los bienes"). El Grupo de Trabajo tomó nota asimismo de la observación conforme a la cual, en el apartado c), la palabra "preliminar" era innecesaria, podía inducir a error y debería suprimirse.

Apartado d)

27. El Grupo de Trabajo recordó que en el 37º período de sesiones no se había examinado el apartado d) del proyecto revisado. Se convino en retener el contenido de dicho apartado, suprimiendo los corchetes. Si bien se opinó que el apartado d) sería superfluo en ciertos ordenamientos jurídicos, se estimó que esta disposición era importante, dado que en la legislación de procedimiento civil de los países no siempre se regulaba de modo suficiente la conservación de las pruebas.

Párrafo 3)

"[demostrar] [hacer ver] [probar] [establecer]"

28. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 38º período de sesiones, se había señalado el inconveniente de que la utilización de la palabra "demostrar" al principio del párrafo podía connotar un requisito muy estricto respecto de la aportación de pruebas. Se recordó que, en el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo, había habido un debate similar y que, además del verbo "demostrar", se habían sugerido variantes como "hacer ver", "probar" y "establecer", sin que el Grupo de Trabajo llegara a una decisión al respecto (A/CN.9/508, párr. 58). En su actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo ha convenido en que se modifique la parte introductoria del párrafo 3), a fin de dejar más clara la intención del Grupo de Trabajo de que los requisitos probatorios se formulen de manera neutral. Se sugirieron palabras del siguiente tenor: "La parte que solicite la medida cautelar aportará al tribunal arbitral pruebas convincentes de que:". Estas palabras recibieron un amplio apoyo. Se propuso también la siguiente variante: "La parte que solicite la medida cautelar presentará pruebas de que:". Se dijo que el enunciado podría ser aun más neutral si dijera "Al tribunal arbitral le consta que". Frente a esta propuesta se argumentó que si bien era conveniente definir con neutralidad el *nivel* de los requisitos probatorios, debería quedar claro en la disposición que es a la parte requirente a quien debe imponerse la *carga* u obligación de convencer al tribunal arbitral de que se cumplen los requisitos para dictar una medida cautelar. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que el párrafo 3) empezara con las siguientes palabras: "La parte que solicite la medida cautelar deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que".

Apartado a)

"daño irreparable"

29. La utilización de la expresión "daño irreparable" suscitó reparos. Se indicó que, en el comercio, la mayoría de los percances podían resolverse mediante una compensación monetaria, y tal vez la expresión "daño irreparable" resultara demasiado limitada. Varias delegaciones propusieron que se sustituyera la palabra "irreparable" por "sustancial", "excepcional" o "considerable". No obstante, se señaló que el concepto de "daño irreparable" estaba bien arraigado en muchos ordenamientos jurídicos y que constituía un requisito ordinario para dictar medidas cautelares. Las medidas cautelares eran una forma excepcional de exención que se otorgaba cuando tal vez la indemnización de los daños y perjuicios no era un remedio suficiente. El Grupo de Trabajo convino en que se retuvieran en el texto las palabras "daño irreparable", y que eventualmente se explicara su significado en una nota de una guía que complemente la Ley Modelo. No obstante, se reconoció que el

concepto de "daño irreparable" podía dar pie a diversas interpretaciones. En opinión de algunas de las delegaciones, esta expresión debería emplearse únicamente en casos de daños realmente irreparables, como la pérdida de una obra de arte de un valor inestimable. Otras delegaciones entendían que las palabras "daño irreparable" describían tipos de daño particularmente graves, superiores a los que pudiera sufrir la parte contra la que se solicitara la medida cautelar, si el tribunal decidía otorgarla. El Grupo de Trabajo tomó nota de que tal vez habría que volver a tratar el asunto ulteriormente.

"sufrirá"

30. El Grupo de Trabajo recordó que, en el contexto del párrafo 2), había decidido que convenía que el proyecto de disposición no creara problemas con respecto a las pruebas, ya que, cuando se solicitaba una medida cautelar, no se disponía a menudo de datos suficientes para demostrar que, a menos que se adoptara una determinada medida o que se impidiera su adopción, se produciría inevitablemente un daño. Por esta razón, en el párrafo 2) se habían sustituido las palabras "que pudieran ocasionarlo" por las palabras "que probablemente lo ocasionen" (véase el párrafo 25 *supra*). Por una razón similar, se decidió que, en el apartado a) del párrafo 3), se sustituyera la palabra "sufrirá" por palabras como "es probable que sufra".

Apartado b)

"prospere"

31. Se sugirió que se efectuara un cambio similar, en el apartado b), sustituyendo la palabra "prospere" por palabras como "probablemente prospere". Tras un debate, se convino en general en que el cambio sugerido era innecesario, dado que las palabras con que se iniciaba el apartado ("existe una posibilidad razonable de que") ya daban al texto el nivel requerido de flexibilidad.

"siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno las determinaciones subsiguientes a que pueda llegar el tribunal"

32. El Grupo de Trabajo examinó si había que mantener en el texto la salvedad enunciada en el apartado b), a saber, que "toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno las determinaciones subsiguientes a que pueda llegar el tribunal". Se propuso que, a fin de simplificar la disposición, se suprimieran esas palabras y se introdujeran en una guía explicativa de la Ley Modelo. Sin embargo, según la opinión general, la propia Ley Modelo debería dar orientación a los árbitros, previendo los criterios necesarios para decidir si cabe dictar o no una medida cautelar. Tras un debate, se convino en mantener en el texto el fundamento de la salvedad mencionada.

Párrafo 4)

33. Este párrafo se basaba en el criterio de que, respecto de toda medida otorgada tras haber escuchado a ambas partes, la obligación de depositar una caución debería quedar al arbitrio de lo que decidiera el tribunal arbitral (A/CN.9/523, párr. 46). A fin de dejar claro que el objetivo del párrafo 4) no era crear la posibilidad de obviar el requisito imperativo de depositar una caución respecto de toda medida cautelar

otorgada a instancia de parte (A/CN.9/523, párr. 46), en el proyecto revisado se habían incluido dos variantes entre corchetes.

34. El Grupo de Trabajo examinó el párrafo 4) y convino en que, puesto que eran innecesarias, se suprimieran todas las palabras entre corchetes, ya que el resto del párrafo 4) deja en claro que, en cualquier circunstancia, el tribunal arbitral está facultado para ordenar que se deposite una caución como requisito para otorgar una medida cautelar.

Párrafo 5)

"modificar o levantar"

35. Se sugirió que, para que el texto fuera más completo y hubiera una mayor coherencia entre los proyectos de artículo 17 y 17 bis, en vez de "modificar o levantar", dijera "modificar, suspender o levantar". El Grupo de Trabajo aprobó esta sugerencia.

"[, a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio de circunstancias que lo justifique]"

36. Si bien algunas delegaciones se declararon partidarias de mantener en el texto las palabras entre corchetes ("[, a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio de circunstancias que lo justifique]"), predominó la opinión de que esas palabras eran superfluas. Entre las razones aducidas para la supresión de esas palabras, se afirmó que en general los árbitros expondrían en el texto de su decisión las razones por las que hubieran decidido otorgar la medida cautelar. Se estimó asimismo que esas palabras entre corchetes deberían suprimirse, dado que podían interpretarse como una restricción indebida del poder discrecional de los árbitros para adoptar la decisión de otorgar o denegar una medida cautelar. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió suprimir las palabras que figuraban entre corchetes.

Modificación de una medida cautelar por iniciativa del tribunal arbitral

37. Hubo discrepancias sobre la cuestión de si el tribunal arbitral sólo debería poder modificar o levantar una medida cautelar a petición de una parte o de si, por iniciativa propia, el tribunal debía poder ordenar la modificación o el levantamiento de la medida. Según el criterio de una delegación, el texto del proyecto de artículo 17 debería dejar absolutamente claro que el tribunal sólo podía actuar a instancia de una parte. Se argumentó que la parte que solicitara y obtuviera una medida cautelar esperaba legítimamente que la medida surtiera el efecto requerido durante el período especificado. En este contexto, sólo podía ordenarse el levantamiento de una medida cautelar otorgada a petición de una parte cuando ésta lo solicitara. De modo general, se sostuvo que esa regla era necesaria para que el texto del proyecto se ajustara al carácter consensual que tenía el arbitraje en muchos países. Se señaló que si un tribunal arbitral decidiera por iniciativa propia levantar una medida cautelar otorgada a instancia de una parte, podría sospecharse que con esta iniciativa el tribunal protegía indebidamente los intereses de la otra parte y que se apartaba así del criterio de estricta imparcialidad que debía seguir.

38. No obstante, se opinó, en sentido contrario, que era necesario dar al tribunal arbitral un margen de discreción para corregir las graves consecuencias de una

medida cautelar, particularmente cuando la decisión de adoptarla hubiera sido errónea o se hubiera otorgado la medida de manera fraudulenta. Se señaló que existía un útil precedente en el párrafo 2) del artículo 33 de la Ley Modelo, que disponía, en relación con los laudos dictados sobre el fondo del litigio, que "el tribunal arbitral podrá corregir cualquier error del tipo mencionado en el inciso a) del párrafo 1) del presente artículo por su propia iniciativa dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo".

39. A fin de conciliar las diversas opiniones sobre esta cuestión, se sugirió que se invirtiera el orden de los párrafos 5) y 6). Esta sugerencia se justificó con el argumento de que, al anteponerse el párrafo 6) al 5), se pondría debidamente de relieve la obligación de las partes de informar al tribunal arbitral de todo cambio de las circunstancias que motivaron la decisión del tribunal arbitral de otorgar la medida cautelar. El Grupo de Trabajo aceptó en general la sugerencia. Además, se formularon diversas sugerencias para mejorar el texto actual del párrafo 5). Concretamente, se propuso que el tribunal arbitral sólo estuviera facultado para modificar o levantar una medida cautelar por iniciativa propia cuando las partes hubieran acordado previamente conferirle expresamente dicha facultad. El Grupo de Trabajo tomó nota de la propuesta. Otra delegación sugirió que se sustituyera el texto actual del párrafo 5) por el siguiente:

> "El tribunal arbitral podrá, en todo momento, modificar o levantar una medida cautelar a petición de una de las partes o por iniciativa del propio tribunal, previa notificación de las partes".

40. Esta propuesta recibió un amplio apoyo. Sin embargo, a fin de evitar que el tribunal arbitral dispusiera de demasiada discreción para actuar por iniciativa propia, se sugirió que, si bien en circunstancias normales sólo podía modificarse o levantarse una medida cautelar a petición de una parte, en determinadas circunstancias pudiera estar justificado que el tribunal arbitral modificara o levantara por iniciativa propia una medida cautelar. A tal efecto, se sugirió que, en el texto propuesto, se sustituyeran las palabras "o por iniciativa del propio tribunal, previa notificación de las partes" por las palabras "o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa del propio tribunal, previa notificación de las partes". A juicio de una delegación, la referencia a "circunstancias excepcionales" podría ser demasiado restrictiva. Se observó que tal vez fuera preferible formular el texto en términos más amplios como "a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio de circunstancias que lo justifique" (véase el párrafo 36 *supra*). No obstante, tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que el párrafo 5) pasara a ser el párrafo 6) y dijera lo siguiente:

> "El tribunal arbitral podrá, en todo momento, modificar o levantar una medida cautelar a petición de una de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa del propio tribunal, previa notificación de las partes."

41. Se planteó el inconveniente de que tal vez se dedujera del texto revisado que el tribunal arbitral tenía derecho a levantar o modificar medidas cautelares otorgadas por otro tribunal o un tribunal de jurisdicción estatal. Para evitar tal interpretación, se convino en general en introducir en la disposición una nueva enmienda para puntualizar que el tribunal arbitral, tanto si actuaba a petición de una parte como por iniciativa propia, sólo podría modificar o levantar las medidas cautelares dictadas

por ese mismo tribunal arbitral. Se pidió a la Secretaría que plasmara este consenso del Grupo de Trabajo en un nuevo proyecto revisado que el Grupo examinaría en su siguiente período de sesiones.

Situación en que una parte no acepta la competencia del tribunal arbitral

42. Una delegación preguntó qué efecto tendría el párrafo 5) sobre la facultad del tribunal arbitral para modificar una medida cautelar ya dictada por dicho tribunal cuando una de las partes no aceptara la competencia del tribunal arbitral. Se observó que esta cuestión planteaba un problema de mayor envergadura con respecto a la posición de una parte que se negara a aceptar la competencia del tribunal sobre el fondo del litigio pero que, al mismo tiempo, deseara oponerse a una medida cautelar o tratara de obtener su modificación. Según la opinión general, en tal situación no debería considerarse que una parte que comparezca ante el tribunal arbitral únicamente en relación con la orden cautelar haya retirado su objeción respecto de la competencia de dicho tribunal. A fin de regular este supuesto en el proyecto de artículo 17, se propuso el texto siguiente:

> "6) bis
>
> a) Cuando una parte, que sea objeto de una solicitud de medida cautelar o de la medida cautelar en sí, ponga reparos o no se someta a la jurisdicción del tribunal en lo que respecta a [las cuestiones de fondo de] la demanda presentada contra dicha parte [en el procedimiento arbitral], esa parte podrá
>
> i) oponerse a la solicitud, o
>
> ii) pedir al tribunal que ejerza su facultad [para modificar, etc.] en virtud del apartado 5),
>
> sin que ello signifique que renuncie a su objeción sobre la competencia del tribunal, o que se someta a su jurisdicción, respecto de [las cuestiones de fondo de] la demanda.
>
> b) En tal caso, el tribunal podrá ejercer su facultad [para modificar, etc.] en virtud del apartado 5), a pesar de que la parte contra la que se haya dictado la medida cautelar no haya presentado ninguna solicitud [a tal efecto]."

43. El Grupo de Trabajo tomó nota de la propuesta. No obstante, predominó la opinión de que el párrafo enmendado para regular la modificación o el levantamiento de la medida cautelar por iniciativa del tribunal arbitral en circunstancias excepcionales (véanse los párrafos 40 y 41 *supra*) ya tenía en cuenta suficientemente la cuestión señalada.

Párrafo 6)

Numeración de los párrafos

44. Por las razones mencionadas en el contexto del debate sobre el párrafo 5) (párrafo 39 *supra*), el Grupo de Trabajo decidió cambiar la numeración, de modo que el párrafo 6) pasara a ser el párrafo 5) y el párrafo 5 se convirtiera en el párrafo 6).

Comunicación de información a ambas partes

45. Se planteó el problema de que, en virtud del párrafo 6), la parte requirente no tenía la obligación de notificar a la otra parte todo cambio importante de circunstancias. El Grupo de Trabajo observó que el párrafo 3) del artículo 24 de la Ley Modelo disponía que "de todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte". Asimismo, conforme al artículo 18 de la Ley Modelo, "deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos". Se objetó que la duplicación de estos principios en el proyecto de párrafo 6) podía resultar perjudicial y que sería mejor tratar la cuestión en un comentario sobre la Ley Modelo. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que, a pesar de las obligaciones enunciadas en el párrafo 3) del artículo 24 y en el artículo 18 de la Ley Modelo, sería útil que en el párrafo 6) se requiriera expresamente que toda información presentada al tribunal arbitral por una parte en virtud de ese párrafo comunicara también a la otra parte.

"A partir del momento en que solicite la medida"

46. Se señaló que las palabras "a partir del momento en que solicite la medida" podían suprimirse, dado que el momento a partir del cual debe informarse al tribunal arbitral ya se desprende del resto del párrafo, concretamente de las palabras "que motivaron que esa parte solicitara la medida cautelar". Se sugirió asimismo que, para aclarar la obligación de informar, se sustituyera la palabra "solicitara" por las palabras "presentara la solicitud de". El Grupo de Trabajo acordó suprimir las palabras "a partir del momento en que solicite la medida" y sustituir la palabra "solicitara" por las palabras "presentara la solicitud de".

"cambio ... en las circunstancias"

47. Se estimó que, en aras de la coherencia, convendría armonizar las palabras empleadas en relación con la facultad del tribunal arbitral para modificar o levantar una medida cautelar ("a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio de circunstancias que lo justifique") con los términos utilizados en el párrafo 6) con los que se regulaba la obligación de la parte requirente de informar "de todo cambio importante en las circunstancias". No obstante, se recordó a este respecto que el Grupo de Trabajo había decidido suprimir, en el párrafo 5), las palabras "a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio de circunstancias que lo justifique" (véase el párrafo 36 *supra*).

"Responsabilidad de la parte requirente"

48. Se mencionó el problema de que, a diferencia de lo dispuesto en el inciso b) del apartado 7), que imponía a la parte que solicitara una medida cautelar (*ex parte*) la obligación de depositar una caución para cubrir los daños o gastos ocasionados por la medida, no se preveía, en cambio, ningún tipo de responsabilidad en el caso de las medidas cautelares adoptadas por el tribunal arbitral después de escuchar a ambas partes (*inter partes*) que posteriormente resultaran injustificadas. El Grupo de Trabajo acordó aplazar hasta una etapa ulterior el debate sobre la responsabilidad por las medidas cautelares injustificadas que se dictaran en el contexto de procedimientos *inter partes*.

Párrafo 7)

Observaciones generales

49. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 37º período de sesiones, se había examinado con detenimiento la cuestión de si convenía incluir en el texto una disposición en virtud de la cual un tribunal arbitral estuviera facultado para dictar medidas cautelares a instancia de parte, y que se habían expresado opiniones contrapuestas sobre si esa cuestión debía tratarse en el proyecto de artículo 17 (A/CN.9/523, párrs. 16 a 27). El Grupo de Trabajo recordó también que, en su 36º período de sesiones, la Comisión había tomado nota de que convenía evitar que la cuestión de las medidas cautelares dictadas a instancia de parte, que según la Comisión seguía siendo controvertida, obstaculizara la labor de concluir el proyecto de artículo 17 (A/58/17, párr. 203).

50. Hubo una firme oposición a que se examinara el texto del párrafo 7) antes de haber debatido si, como criterio general, era conveniente revisar la Ley Modelo para conferir a los tribunales arbitrales la facultad para dictar medidas cautelares a instancia de parte. Sin embargo, se recordó al Grupo de Trabajo que, en su 37º período de sesiones, había habido una amplia coincidencia de pareceres en el sentido de que si se reforzaban e incrementaban las salvaguardias tal vez resultaría más aceptable que el texto previera la adopción de medidas cautelares a instancia de parte (A/CN.9/523, párr. 27). Sobre esa base, el Grupo de Trabajo convino en pasar a examinar el texto y, posteriormente, a decidir si, como criterio general, era conveniente mantener en el proyecto de artículo 17 una disposición relativa a las medidas cautelares dictadas a instancia de parte.

51. Se propuso añadir al apartado a) del párrafo 7) una nueva oración que mencionara la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, en los siguientes términos: "El presente apartado se aplicará sin perjuicio de las inmunidades de que gozan los Estados o sus diversos órganos con arreglo al derecho internacional en lo que se refiere a las medidas cautelares."

Apartado a)

Facultad del Tribunal por acuerdo expreso de las partes o condicionada a la ausencia de acuerdo en contrario

52. El texto actual preveía la facultad para otorgar medidas cautelares "salvo acuerdo en contrario de las partes". Se propuso sustituir esas palabras por "Si las partes lo acuerdan expresamente". Se dijo que la modificación propuesta era más adecuada para preservar el carácter consensual del arbitraje. Se observó que este criterio, que permitía a las partes "adherirse" a una disposición en virtud de la cual el tribunal arbitral podía dictar medidas cautelares a instancia de parte, se ajustaba más a las expectativas de las partes en un procedimiento de arbitraje, dado que en la legislación sobre arbitraje de muchos países no se preveían específicamente las medidas *ex parte*. El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia, que recibió cierto apoyo. Se afirmó que, según la experiencia observada durante años por una importante entidad internacional de arbitraje, nunca se presentaban solicitudes *ex parte* de medidas cautelares.

"en supuestos excepcionales"

53. Se expresaron opiniones divergentes en cuanto a la conveniencia de mantener o no las palabras "en supuestos excepcionales", que figuraban entre corchetes. Se objetó que eran redundantes y debían suprimirse, dado que las situaciones enumeradas en los incisos i) a iii) del apartado a) sólo se referían a supuestos excepcionales. Por otra parte, se propuso que se mantuvieran dichas palabras, siempre que se aclarara en el texto que los "supuestos excepcionales" eran los que se enunciaban en los incisos i) a iii) del apartado a). Se dijo que la aclaración era necesaria para que no se entendiera que con la referencia a "supuestos excepcionales" se imponía un nuevo requisito para dictar medidas cautelares a instancia de parte, además de las ya enumeradas en los incisos i) a iii) del apartado a). En sentido contrario, se opinó que convenía mantener las palabras en el texto para subrayar que las medidas cautelares a instancia de parte sólo debían otorgarse en supuestos verdaderamente excepcionales. Esta opinión se justificó con el argumento de que los supuestos enumerados en el apartado a) no eran necesariamente excepcionales. El Grupo de Trabajo no llegó a un consenso sobre esta cuestión y decidió que se mantuvieran en el texto entre corchetes las palabras "en supuestos excepcionales" a fin de seguir examinándolas en un futuro período de sesiones.

"[contra la que se otorgue la medida] [afectada por la medida]"

54. El Grupo de Trabajo convino en que las palabras "contra la que se otorgue la medida" eran preferibles a las palabras "afectada por la medida". Se dijo que los términos de la segunda variante eran ambiguos, habida cuenta de la cantidad de partes que podrían verse "afectadas" por una medida cautelar. A la luz de esa decisión, se observó que tal vez fuera necesario modificar el enunciado del apartado a) del párrafo 3) y de otras disposiciones del proyecto de artículo 17 para asegurar, en su caso, la coherencia terminológica.

Inciso i) del apartado a)

55. El Grupo de Trabajo consideró que el contenido del inciso i) del apartado a) era aceptable en general.

Inciso ii) del apartado a)

56. El Grupo de Trabajo convino en sustituir la palabra "requisitos" por la palabra "condiciones" a fin de reflejar mejor el carácter de la lista que figuraba en el párrafo 3). Se expresó la opinión de que cabría deducir erróneamente que el inciso ii) del apartado a), que sólo se refería a "los requisitos enunciados en el párrafo 3", excluía la aplicación de los párrafos 5) y 6) a las medidas cautelares dictadas a instancia de parte. Se recordó que con el inciso ii) del apartado a) se pretendía eliminar toda duda sobre si los requisitos aplicables al otorgamiento de medidas cautelares dictadas *inter partes* eran igualmente aplicables a las medidas cautelares dictadas *ex parte*. Se dijo que, si al hacerse hincapié en ese punto, se suscitaban dudas sobre si los otros párrafos eran o no aplicables, habría que suprimir el inciso ii) del apartado a). El Grupo de Trabajo no adoptó ninguna decisión definitiva sobre esta cuestión y observó que podría ser necesario seguir examinándola más adelante.

Inciso iii) del apartado a)

57. Se sugirió que se enmendaran las palabras "la parte requirente haga ver" para que concordaran con el texto modificado que se había convenido para la introducción del párrafo 3), en que se disponía que la parte que solicitara la medida cautelar debía "aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes" (véase el párrafo 28 *supra*). Esta propuesta suscitó reparos por considerarse que debían exigirse criterios probatorios más estrictos para las medidas cautelares dictadas a instancia de parte. El Grupo de Trabajo no adoptó ninguna decisión definitiva sobre esta cuestión y observó que podría ser necesario seguir examinándola más adelante.

58. Se sugirió que la expresión "la parte requirente haga ver" o cualquiera otra frase que pudiera acordarse se trasladara a la introducción del apartado a) del párrafo 7) para que quedara claro que se aplicaba a todos los elementos de dicho apartado y no sólo al inciso iii). El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia.

Apartado b)

Observaciones generales

59. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 37º período de sesiones, había convenido que el proyecto revisado debería asegurar que el requisito de que la parte que solicitara la medida cautelar depositara una caución fuera imperativo y que la parte requirente fuera considerada estrictamente responsable de los perjuicios causados a la parte requerida por una medida injustificada (A/CN.9/523, párr. 31).

60. Se planteó la cuestión de si una disposición general sobre responsabilidad debía aplicarse no sólo a las medidas cautelares dictadas a instancia de parte sino también a las dictadas *inter partes*. En apoyo de incluir en el texto una disposición general sobre responsabilidad, se dijo que en ambos casos podría resultar que una medida cautelar estuviera injustificada y que perjudicara a la parte requerida. Sin embargo, se expresó cierta oposición a la sugerencia de que el inciso i) del apartado b) se aplicase en general a las medidas cautelares dictadas tanto *ex parte* como *inter partes*. Se sostuvo que la responsabilidad objetiva que se imponía en virtud del inciso i) del apartado b) era acorde con el carácter de las medidas cautelares dictadas a instancia de parte, en razón de riesgos inherentes a los procedimientos. Por otra parte, se observó que el derecho procesal interno podía regir todo falseamiento o error en que se incurriera en el régimen de medidas cautelares dictadas *inter partes*. Como observación general, se adujo que el inciso i) del apartado b), debería limitarse a establecer los principios básicos de un régimen de responsabilidad sin tratar en detalle cuestiones de fondo regidas por el derecho interno. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que en su próximo período de sesiones reanudaría sus deliberaciones centrándose en el inciso i) del apartado b) del párrafo 7), relativo a la responsabilidad de la parte requirente de medidas cautelares *ex parte*, y en un nuevo párrafo (que provisionalmente llevaría el número (6 bis), cuyo contenido reflejara el del inciso i) del apartado b) del párrafo 7) en el contexto de medidas cautelares *inter partes*.

61. Se consideró que, en preparación de ulteriores deliberaciones sobre el tema, era necesario investigar más a fondo los regímenes de la responsabilidad previstos en las distintas legislaciones nacionales que regulaban las medidas cautelares. Se expresaron algunas reservas sobre la utilidad de profundizar la investigación, dado

el escaso número de leyes de arbitraje que preveían un régimen de la responsabilidad en relación con el otorgamiento de medidas cautelares, y se puso en duda que la leyes de procedimiento civil aplicables a los tribunales estatales no previeran reglas que pudieran extrapolarse adecuadamente al ámbito de las actuaciones arbitrales. Con todo, después de un debate, el Grupo de Trabajo convino en que podría ser beneficioso obtener más información sobre la legislación nacional en la materia. Se invitó a las delegaciones a que proporcionaran información al respecto a la Secretaría antes de mediados de diciembre de 2003, de forma que el material pudiera distribuirse y traducirse antes de la celebración del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo.

62. En cuanto al enunciado del texto, se dijo que los incisos i) y ii) del apartado b) no deberían agruparse en un solo párrafo, dado que versaban sobre dos cuestiones distintas, a saber, la responsabilidad y el depósito de una caución, respectivamente. El Grupo de Trabajo tomó nota de esa sugerencia.

Inciso i) del apartado b)

Gastos

63. Se expresaron opiniones divergentes sobre la necesidad de incluir en el texto una referencia a los gastos. Se sugirió que el contenido del inciso se limitara a los daños, puesto que su objetivo era resarcir, en determinadas circunstancias, a la parte requerida de los daños y perjuicios dimanantes de medidas cautelares dictadas *ex parte*. Se previno al Grupo de Trabajo acerca del riesgo de incluir el concepto de gastos en el texto, ya que en algunos ordenamientos podía tener un alcance muy amplio, mientras que en otros el alcance podía ser limitado, y podría interpretarse de distintas maneras, por ejemplo, abarcando las costas, inclusive los honorarios de abogados, o los gastos ocasionados por la aplicación de las medidas cautelares. Se sugirió que el término “gastos” se interpretara en sentido estricto y que en el texto inglés se sustituyera “costs” por “expenses”. No obstante, se sugirió que se mantuviera el término “costs”, dado que expresaba un concepto bien comprendido y definido en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Daños

64. Se objetó que el enunciado actual del concepto de “daños” no estaba suficientemente definido y podía entenderse que abarcaba los daños tanto directos como indirectos o emergentes ocasionados por las medidas cautelares. Se sugirió que tal vez fuera preferible definir con mayor claridad el alcance de los daños. Se expresaron opiniones divergentes sobre si convenía enunciar el concepto de forma más amplia (previendo salvaguardias adecuadas) o de forma más restringida (limitando la aplicación de la disposición a los daños directos).

65. El Grupo de Trabajo examinó los supuestos en que podría haber que pagar daños en relación con una medida cautelar dictada a instancia de parte. Se planteó si el solo hecho de solicitar una medida cautelar *ex parte* bastaría para que la parte requirente fuera considerada responsable de todo daño o gasto que pudiera ocasionar la medida, independientemente de que se determinara que la medida había estado justificada o no y de que la parte requirente hubiera incurrido o no en falta. Frente a esa opinión se argumentó en general que, independientemente de que la disposición sobre responsabilidad aplicable a la parte requirente se basara

o no en la falta, no debería considerarse que una mera solicitud de medidas cautelares a instancia de parte ocasionaba daños resarcibles. Se expresó la opinión de que la cuestión de los daños debía regirse por el derecho interno. Con todo, prevaleció la opinión de que la parte requirente sólo debería ser responsable de los daños si ulteriormente se comprobaba que las medidas cautelares no habían estado justificadas. Se preguntó cómo debía entenderse el término "injustificadas" y si el concepto de medidas "injustificadas" debía analizarse en sí o a la luz de la forma en que se dirimiera el fondo del litigio. Se opinó firmemente al respecto que la decisión definitiva sobre el fondo del litigio no debería ser un factor determinante de si las medidas cautelares habían estado justificadas o no.

66. Se sugirió que se definiera el momento a partir del cual pudiera obtenerse indemnización por daños. Se señaló que los daños podían producirse antes de que se dictara un laudo definitivo. Se propuso al respecto que se previera otra salvaguardia contra el régimen de medidas cautelares dictadas *ex parte* incluyendo en el proyecto revisado la posibilidad de que la parte requerida reclamara indemnización por daños inmediatamente después de que el tribunal arbitral hubiera otorgado medidas cautelares a instancia de parte y de que se le otorgara de inmediato una indemnización por daños. Se señaló asimismo que la indemnización por los daños causados por medidas cautelares dictadas a instancia de parte se aplicaría solamente al período de vigencia de tales medidas *ex parte*.

"[contra la que se otorgue la medida] [afectada por la medida]"

67. Se apoyó el mantenimiento de la primera variante que figuraba entre corchetes para que el texto concordara con el enunciado del párrafo 3) y del apartado b) del párrafo 7). Sin embargo, se observó que, en el contexto del inciso i) del apartado b) del párrafo 7) podría ser preferible mantener la segunda variante que figuraba entre corchetes ("afectada por la medida"), a fin de que otras partes, que no fueran la parte contra la que se otorgaban las medidas, pudieran reclamar indemnización por daños. Se observó también que la expresión "la parte afectada por la medida" podría sustituirse en ese contexto por las palabras "a toda parte afectada por la medida". Se explicó que un texto en el que se estableciera el principio de que la parte requirente debía depositar una caución sería una forma adecuada de proteger a los árbitros de toda demanda de un tercero que sufriera daños como consecuencia de la aplicación de medidas cautelares dictadas *ex parte* y que reclamara indemnización. En respuesta a estas sugerencias se recordó que un tribunal arbitral no tendría competencia sobre terceros no vinculados por el acuerdo de arbitraje.

"[en la cuantía que proceda, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, en función de lo que disponga el laudo que dirima el fondo del litigio]"

68. Se expresaron opiniones divergentes acerca de si convenía mantener la última variante que figuraba entre corchetes en el inciso i) del apartado b). Se estimó que debería mantenerse la expresión "en la cuantía que proceda" para indicar que la medida era legítima. Se dijo también que, como el texto entre corchetes era innecesario por no contener ningún nuevo elemento, debería sustituirse por una disposición en que se previera la posibilidad de que la parte requerida reclamara indemnización inmediatamente después de que un tribunal arbitral hubiera otorgado medidas cautelares a instancia de parte. El Grupo de Trabajo tomó nota de esas opiniones.

Inciso ii) del apartado b)

69. El Grupo de Trabajo convino en que el depósito de una caución debía ser imperativo en el contexto de medidas cautelares dictadas *ex parte*. Se señaló que, por razones de coherencia, el enunciado de ese apartado debería ajustarse al del párrafo 4), relativo al depósito de una caución en el contexto de medidas cautelares *inter partes*, salvo la forma verbal "podrá", que podría sustituirse por "deberá".

70. Se observó que, a fin de dar mayor relieve a las salvaguardias requeridas en el contexto de medidas cautelares dictadas a instancia de parte, lo enunciado en el inciso ii) del apartado b) debería constituir un requisito para el otorgamiento de ese tipo de medidas.

Apartado c)

71. Se dijo que el apartado era innecesario, puesto que en el inciso i) del apartado b) del párrafo 7) se establecía implícitamente la competencia del tribunal arbitral. Sin embargo, predominó la opinión de que el apartado c) cumplía una función útil y debería mantenerse. Se convino en que, si se incluían en el proyecto de artículo 17 tanto el inciso i) del apartado b) como una disposición general sobre responsabilidad, debería dejarse en claro que el apartado c) era aplicable a las medidas cautelares dictadas *inter partes* y *ex parte*.

72. Se expresó preocupación por la posibilidad de que la parte requerida pudiera reclamar indemnización con arreglo al inciso i) del apartado b) mucho después de que se hubiera dictado el laudo definitivo. Se sugirió que se aclarara que la competencia sólo duraría hasta que se dictara el laudo. Para disipar esa preocupación, se recordó que en el párrafo 3) del artículo 32 de la Ley Modelo se preveía que "el tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en el artículo 33 y en el párrafo 4) del artículo 34". Pese a ello y habida cuenta de que podía considerarse que la reclamación presentada con arreglo al inciso i) del apartado b) era una nueva demanda, se dijo que debía mantenerse el apartado c). Se sugirió que, como no cabía duda de que la cuestión del depósito de una caución previsto en el inciso ii) del apartado b) era competencia del tribunal arbitral, el alcance del apartado c) debería restringirse a lo previsto en el inciso i) del apartado b). Como variante del enunciado actual del apartado c) se sugirió el texto siguiente: "Una parte podrá iniciar una acción de indemnización con arreglo al inciso i) del apartado b) y podrá hacerlo en cualquier momento de las actuaciones arbitrales". El Grupo de Trabajo tomó nota del texto sugerido y decidió que debería examinarse nuevamente junto con el texto actual del apartado c) en el próximo período de sesiones.

73. Se sugirió que se suprimiera la expresión "Para no dar lugar a dudas". Se expresó la inquietud de que, si se suprimían esas palabras, podría haber incertidumbre respecto de la existencia de una autoridad arbitral conforme al apartado b), en particular en los ordenamientos que no adoptaran el apartado c). Se dijo que la amplitud del enunciado del apartado c), incluida la referencia a "entre otras cosas", disminuía el riesgo de que se interpretara mal la disposición, cuyo significado podría explicitarse en un comentario sobre el artículo 17. Sobre esa base, el Grupo de Trabajo decidió que se suprimieran las palabras introductorias "Para no dar lugar a dudas". Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto

revisado al que se incorporaran las opiniones expresadas y las sugerencias hechas durante las deliberaciones.

Apartado d)

74. Se señaló que el apartado d) tenía una importancia fundamental para el régimen global aplicable a las medidas cautelares a instancia de parte. Se sugirió que, como una medida dictada a instancia de parte podía tener repercusiones para otras partes distintas de la antes mencionada, la segunda variante entre corchetes se ajustaría más a esta situación si se sustituyeran las palabras iniciales "la parte" por "toda parte". El Grupo de Trabajo, sin embargo, convino en que, en aras de la coherencia con el enunciado acordado en el inciso i) del apartado b), en la futura revisión de esta disposición habría que retener la primera variante entre corchetes ("contra la que vaya dirigida").

75. Se expresaron diversas opiniones sobre el segundo conjunto de variantes entre corchetes ("[tan pronto como lo permita la necesidad de actuar a instancia de parte para garantizar la eficacia de la medida] [dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación, o en todo otro momento o fecha que sea adecuado en las circunstancias del caso]"). Una delegación hizo una distinción entre las dos variantes, afirmando que la primera se refería a la notificación de la parte requerida, mientras que la segunda preveía la oportunidad de la parte requerida de ser oída. Se sugirió que, dado que las dos variantes tenían distintas funciones, se mantuvieran ambas en el texto del apartado, pero reordenando las palabras del modo siguiente:

> "La parte contra la que vaya dirigida una medida cautelar otorgada con arreglo al presente párrafo será notificada de la medida a partir del momento en que ya no sea necesario actuar a instancia de parte para garantizar la eficacia de la medida, y se le dará la oportunidad de ser oída por el tribunal arbitral dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación, o en todo momento o fecha que sea adecuado en las circunstancias del caso."

76. Se respondió que la frase "a partir del momento en que ya no resulte necesario" era ambigua y no estaba claro si la correspondiente determinación debía ser adoptada por la parte requirente o por el tribunal arbitral. Se recordó que la única razón para incluir en el texto esas palabras era prever la situación en que la parte requirente solicitara la ejecución de la medida cautelar dictada a instancia de parte. Se sugirió que se enmendara el apartado del modo siguiente:

> "La parte contra la que vaya dirigida una medida cautelar será notificada inmediatamente de la medida y se le dará la oportunidad de ser oída por el tribunal arbitral lo antes posible y, en cualquier caso, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación, o en todo otro momento o fecha que sea adecuado en las circunstancias del caso."

77. Si bien esta propuesta recibió apoyo por considerarse que daba flexibilidad al texto y cierto margen de discreción al tribunal respecto del momento en que debía oírse la posición de la parte requerida, se objetó que en la propuesta no se especificaba con la suficiente claridad el momento en que debía efectuarse la notificación.

78. Se consideró crucial aclarar esta cuestión, puesto que la notificación era un primer paso indispensable para convertir una medida cautelar a instancia de parte

(*ex parte*) en una medida cautelar dictada después de escuchar a ambas partes (*inter partes*). Se propuso que se enmendara el párrafo d) para que dijera que la parte contra la que vaya dirigida la medida cautelar deberá ser notificada de la medida inmediatamente después de que el tribunal arbitral la dicte. Tras esa notificación, debería darse a la parte requerida la oportunidad de exponer sus argumentos por escrito y, si dicha parte lo solicitara, debería tener también la oportunidad de ser escuchada por el tribunal arbitral. Se indicó que con este enfoque ya no sería necesario hacer referencia a ninguno de los plazos mencionados en los textos de los dos últimos corchetes del apartado d). Esta propuesta fue objeto de críticas por estimarse que el hecho de efectuar la notificación inmediatamente después de que se dicte la medida cautelar podría no cumplir el requisito del factor de sorpresa, necesario para la eficacia de toda medida dictada a instancia de parte, incluido el tiempo necesario para pedir su aplicación en el tribunal civil.

79. Se formularon reservas acerca de la inclusión en el texto de un período de cuarenta y ocho horas o de cualquier plazo específico, que pudieran resultar demasiado rígidos e inadecuados, según las circunstancias. Se observó asimismo que si se introdujeran en el texto palabras en virtud de las cuales el tribunal pudiera estudiar otro momento o fecha que fuera adecuado en las circunstancias del caso, podría darse la flexibilidad apropiada al apartado, pero al mismo tiempo podía resultar ilógico mantener en la misma disposición una referencia a un plazo fijo. No obstante, predominó la opinión de que la previsión de un plazo fijo tenía dos objetivos: poner de relieve que la oportunidad de escuchar a la parte era urgente y avisar al tribunal arbitral de que debería estar dispuesto a reunirse de nuevo para que la parte requerida pudiera exponerle sus argumentos.

80. Se señaló que tal vez convendría enmendar las palabras "oportunidad de ser oída" para que esa oportunidad comprendiera tanto la presentación verbal de los argumentos de la parte requerida como la exposición escrita de los mismos. Se convino en sustituir esas palabras por las palabras "oportunidad de presentar sus argumentos".

81. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió reanudar sus deliberaciones sobre el apartado d) en su siguiente período de sesiones tomando como base el texto reproducido en el párrafo 76 *supra* (a reserva de la sustitución de las palabras "la oportunidad de ser oída por" por las palabras "la oportunidad de presentar sus argumentos ante"), así como la siguiente variante:

> "Toda parte afectada por una medida cautelar otorgada con arreglo al presente párrafo será notificada inmediatamente de la medida y se le dará la oportunidad de ser oída por el tribunal arbitral en el plazo de [cuarenta y ocho] horas después de la notificación, o en todo otro momento o fecha que sea adecuado en las circunstancias del caso."

82. Al término del debate, se recordó al Grupo de Trabajo que habría que volver a examinar el enunciado del apartado d) cuando el Grupo de Trabajo estudiara la cuestión de si había de permitirse la ejecución de una medida cautelar dictada a instancia de parte.

Apartado e)

83. El Grupo de Trabajo examinó diversas sugerencias para mejorar la redacción del texto actual del apartado e). Se convino en que podría simplificarse el texto sustituyendo las palabras "no será válida por más de veinte días" por las palabras "expirará después de veinte días". Se convino también en que la referencia al "párrafo 1)" era inapropiada. Respecto de la segunda serie de variantes entre corchetes, se prefirió la primera, que decía "a partir de la fecha en que el tribunal arbitral imponga la medida". Esta preferencia se justificó con el argumento de que sería difícil determinar la fecha en que una medida surtía efecto frente a la otra parte, como se proponía en la segunda variante. De conformidad con la decisión anteriormente adoptada con respecto a las palabras equivalentes que figuraban en el inciso i) del apartado b), el Grupo de Trabajo optó por la variante que decía "contra la que vaya dirigida la medida", considerada preferible a las palabras "afectada por la medida".

84. Se estimó que la segunda frase del apartado era innecesaria. Sin embargo, se señaló que la última frase del apartado e) permitía de hecho transformar una medida cautelar dictada *ex parte* en una medida dictada *inter partes*, una vez que la parte contra la que vaya dirigida la medida haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de presentar sus argumentos. Se pidió que se aclarara la cuestión del momento a partir del cual una medida cautelar dictada *ex parte* podía convertirse en una medida *inter partes*. En aras de la claridad, se sugirió que se simplificara el apartado e) enmendándolo con un texto del siguiente tenor:

> "Toda medida cautelar impuesta con arreglo a este párrafo expirará veinte días después de la fecha en que el tribunal arbitral la haya dictado, a menos que la medida haya sido confirmada, prorrogada o modificada por el tribunal arbitral después de que la parte contra la que vaya dirigida la medida haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de presentar sus argumentos."

Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió adoptar esta nueva redacción del apartado e) en sustitución de la anterior.

85. Se observó que el apartado se había redactado con criterios de procedimiento, como lo ilustraban las palabras "confirmada, prorrogada o modificada", cuando, de hecho, se preveía que el apartado podía ser también aplicable a medidas cautelares que revistieran la forma de laudos.

86. Se sugirió agregar al apartado e) el requisito de que la parte requirente facilitara a la parte requerida el material sobre el que se basaba su solicitud. En apoyo de esa sugerencia se argumentó que, habida cuenta de la obligación de informar, enunciada en el apartado f), el requisito de facilitar el material en que se basaba la solicitud y el otorgamiento de la medida mejoraría la eficacia del apartado f). Si bien se consideró útil el requisito, se observó que en el párrafo 3) del artículo 24 ya se exigía que la información proporcionada al tribunal arbitral fuera comunicada a la otra parte. Se observó que no convendría que el Grupo de Trabajo sobrecargara el texto del proyecto revisado reiterando elementos procesales ya previstos en la Ley Modelo, y que esta cuestión podía tratarse en una guía que complementara la Ley Modelo. En contra de esta opinión, se sostuvo que era importante reiterar en el apartado e) la obligación de comunicar a la otra parte la

información facilitada al tribunal arbitral, dado que en una situación de solicitud *ex parte*, podía haberse otorgado la medida sin que se hubiera proporcionado ningún documento al tribunal. Se sugirió que, aun cuando pudiera entenderse que el párrafo 3) del artículo 24 de la Ley Modelo abarcaba también las comunicaciones verbales, se reiterara de todos modos el requisito, dado que ese artículo podía interpretarse de manera restrictiva. En respuesta se señaló que no debía darse a entender en modo alguno que los tribunales estuvieran obligados a hacer una transcripción de los procedimientos orales para cada solicitud *ex parte*.

87. Se señaló que tal vez el apartado podría aclarar mejor a quién correspondía la carga de solicitar el mantenimiento de la orden; en esta cuestión era importante decidir si la misma medida inicialmente dictada *ex parte* se mantenía en un contexto *inter partes*, o si la medida original *ex parte* era sustituida por una nueva medida *inter partes*. Se sugirió que fuera la parte beneficiaria de la medida la que debiera asumir esa carga. Se formuló la advertencia de que el planteamiento de diversas cuestiones procesales recargaría innecesariamente la disposición. Se pidió a la Secretaría que estudiara la posibilidad de que el texto previera que la obligación de solicitar el mantenimiento de la medida una vez transcurridos los veinte días correspondiera a la parte beneficiaria de dicha medida.

Apartado f)

Observaciones generales

88. Se estimó que el proyecto actual, que preveía la obligación de informar al tribunal arbitral de toda circunstancia "que sea probable que el tribunal estime del caso o de interés para su determinación", era ambiguo y difícil de llevar a la práctica, dado que la parte requirente habría de prever el razonamiento subjetivo del tribunal arbitral. Se apoyó la supresión del apartado f). No obstante, prevaleció la opinión de que convenía mantener ese apartado en el proyecto como salvaguardia fundamental y como requisito esencial para la aceptabilidad de las medidas cautelares *ex parte*. En este contexto se recordó que el apartado estaba inspirado en la regla vigente en muchos ordenamientos en que el letrado tenía la obligación especial de informar al tribunal de todas las cuestiones, incluidas las que no le fueran favorables. Sin embargo, se recordó también que en numerosos ordenamientos jurídicos no existía la obligación específica de informar.

Ubicación del apartado f)

89. Se expresaron opiniones divergentes sobre el lugar más adecuado para insertar esta disposición. Concretamente se argumentó que, dado que el apartado imponía una obligación a la parte requirente, sería mejor trasladarlo al apartado b) como primer inciso. De este modo, la parte requirente estaría obligada a informar al tribunal y a depositar una caución y sería responsable de los daños o gastos causados a la parte requerida. No obstante, predominó la opinión de que era mejor dejar el apartado en su ubicación actual, ya que concluía el párrafo relativo a las medidas *ex parte* estableciendo una obligación mencionada en diversos apartados anteriores.

Sanciones

90. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 37º período de sesiones, se había sugerido que, en una nueva revisión de la disposición, se estableciera un vínculo claro entre la obligación de revelar un cambio de circunstancias y el régimen de la responsabilidad aplicable a la parte que solicite una medida cautelar (A/CN.9/523, párrs. 49 y 76). El Grupo de Trabajo convino en que la decisión sobre las consecuencias del incumplimiento del requisito de presentar información debería dejarse en manos del régimen general previsto en el párrafo 7) (que podrían ser la revocación de la medida o la responsabilidad cuando la medida cautelar estuviera injustificada) y de otras disposiciones del derecho sustantivo aplicable.

Propuestas de revisión

91. Algunas delegaciones se adhirieron al parecer de que el apartado, en su forma actual, daba a entender que la parte requirente debía leer el pensamiento del tribunal arbitral. Se formularon varias sugerencias para reducir las ambigüedades del texto actual. Concretamente, se propuso que se sustituyeran las palabras "estará obligada a informar" por las palabras "informará con prontitud". No obstante, se objetó que la palabra "prontitud" era más apropiada en el contexto de una obligación continua de informar de todo cambio de circunstancias. En otra propuesta se pedía que se sustituyera la totalidad del texto del apartado por un texto del siguiente tenor:

> "La parte que solicite una medida cautelar con arreglo al presente párrafo deberá informar al tribunal arbitral de todas las circunstancias importantes de que tenga conocimiento, aunque le sean desfavorables, y que demuestren que no se han cumplido los requisitos del presente párrafo".

Se sostuvo que esa propuesta era preferible al texto existente, ya que no dependía de una opinión subjetiva del tribunal y tenía en cuenta además lo que pudiera saber la parte en el momento de presentar la solicitud. Esa propuesta fue objeto de críticas por estimarse que tal vez sólo se entendería y aplicaría correctamente en los Estados con procedimientos contradictorios, y no en los de régimen de procedimiento inquisitivo. Se agregó que con las palabras "circunstancias ... de interés" podía quedar excluida cierta información que pudiera ser útil para el tribunal arbitral. Se dijo asimismo que la propuesta introducía incertidumbre en el alcance de la obligación, pues no quedaba claro lo que constituiría información desfavorable para la parte requirente. Se argumentó también que se podría entender que la propuesta abarcaba también las cuestiones desfavorables que se plantearan durante el debate sobre el fondo. Se sugirió que el Grupo de Trabajo tratara de formular un texto más flexible que alentara la revelación plena y sincera de toda información de interés o que fuera del caso.

92. Se propuso que se enmendara el apartado con palabras del siguiente tenor:

> "La parte que solicite una medida cautelar con arreglo al presente párrafo deberá informar con prontitud al tribunal arbitral de toda circunstancia que el tribunal estime del caso o de interés para su determinación de si se cumplen o no los requisitos enunciados en el presente párrafo".

Esta propuesta recibió apoyo. A fin de aclarar la cuestión de si el tribunal arbitral conservaba el poder discrecional de dictar o denegar una medida cautelar, se sugirió que se sustituyeran las palabras "de si se cumplen o no los requisitos enunciados en

el presente párrafo" por las palabras "de si el tribunal arbitral debe dictar la orden solicitada". Se expresó también la opinión de que el requisito de "informar al tribunal arbitral" era tal vez demasiado limitado y que podría ser preferible emplear palabras como "presentar ante el tribunal". Según otra opinión, debería procurarse introducir en el texto propuesto una parte de la flexibilidad que preveía el texto original del apartado f). Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado que tuviera en cuenta todas las sugerencias mencionadas.

IV. Proyecto revisado de artículo 17 bis de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional relativo al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares

93. El Grupo de Trabajo recordó que, al concluir el párrafo 7), había convenido en que procedería a un examen general de la cuestión de si sería aceptable incluir en el texto una disposición sobre las medidas cautelares dictadas a instancia de parte (*ex parte*) (véase el párrafo 50 *supra*). No obstante, se decidió que ese debate general tendría lugar después de que se hubieran examinado las disposiciones relativas al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares.

94. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el proyecto de artículo 17 bis, cuyo texto era el siguiente:

"1) A reserva de lo dispuesto en el presente artículo, toda medida cautelar adoptada por un tribunal arbitral, que satisfaga los requisitos del artículo 17, se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada previa presentación [por escrito] a un tribunal competente de una solicitud, independientemente del país en que se haya formulado*.

2) El tribunal sólo puede negarse a reconocer [y] [o] ejecutar una medida cautelar:

a) Si, a solicitud de la parte contra quien se invoca, el tribunal está convencido de que:

i) *Variante 1*: existe una cuestión de fondo sobre la competencia del tribunal [[de tal naturaleza que haga inapropiados el reconocimiento o la ejecución][de tal naturaleza que haga inejecutable la medida cautelar]] [y el tribunal arbitral no ordenó ninguna garantía apropiada respecto de esa medida cautelar];

Variante 2: existe una cuestión de fondo relativa a alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

ii) *Variante 1*: no se notificaron apropiadamente a esa parte el nombramiento de un árbitro o las actuaciones arbitrales [, en cuyo caso el tribunal puede suspender las actuaciones de ejecución [hasta que el

* Las condiciones enunciadas en el presente artículo tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que el tribunal puede negarse a ejecutar una medida cautelar. No sería contrario al nivel de armonización que se intenta lograr con estas disposiciones modelo que un Estado previera menos circunstancias en que pudiera rehusarse la ejecución.

tribunal arbitral haya oído a las partes][hasta que las partes hayan tenido oportunidad de ser oídas por el tribunal arbitral][hasta que las partes hayan sido debidamente notificadas]];

Variante 2: esa negativa está justificada por los motivos enunciados en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

iii) *Variante 1*: esa parte no pudo presentar su posición respecto de la medida cautelar [, en cuyo caso el tribunal [podrá] [deberá] suspender las actuaciones de ejecución hasta que las partes hayan sido oídas por el tribunal arbitral]; o

Variante 2: esa negativa está justificada por los motivos enunciados en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

iv) La medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o en virtud de orden de un tribunal competente; o

b) Si el tribunal determina que:

i) La medida cautelar solicitada es incompatible con las facultades que sus leyes confieren al tribunal, a menos que el tribunal decida volver a formular la medida cautelar en la medida necesaria para adaptarla a sus propias facultades y a sus procedimientos a efectos de ejecutar esa medida cautelar sin modificar su contenido; o

ii) *Variante 1*: el reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar serían contrarios al orden público reconocido por el tribunal.

Variante 2: cualquiera de los motivos enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 se aplican al reconocimiento y la ejecución de la medida cautelar.

3) Toda determinación hecha por el tribunal con referencia a cualquier motivo enunciado en el párrafo 2) del presente artículo será únicamente eficaz para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar.

4) La parte que solicite o haya obtenido la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o enmienda de dicha medida cautelar.

5) *Variante A*: El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera apropiado, ordenar a la otra parte que otorgue las garantías apropiadas para los gastos procesales [a menos que el tribunal haya dictado ya una orden con respecto a la garantía de los gastos] [a menos que el tribunal haya dictado ya una orden con respecto a la garantía de los gastos, excepto cuando el tribunal determine que la orden es inapropiada o insuficiente en las circunstancias del caso].

Variante B: El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera apropiado, ordenar que se otorgue una garantía para los gastos procesales.

Variante C: El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de esa facultad, una revisión del contenido de la medida cautelar.

Variante D: El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución sólo podrá ordenar la garantía de los gastos cuando esa orden sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

6) El inciso ii) del apartado a) del párrafo 2) no será aplicable

Variante X: a una medida cautelar ordenada sin notificación de la parte contra la que se invoque la medida cautelar siempre que se haya ordenado que la medida fuese eficaz durante un período que no excediese de los [treinta] días y siempre que la ejecución de la medida se haya solicitado antes de la expiración de dicho plazo.

Variante Y: a una medida cautelar que se haya ordenado sin notificación de la parte contra la que se invoque la medida, siempre que esa medida cautelar sea confirmada por el tribunal arbitral después que la otra parte haya podido presentar sus argumentos con respecto a la medida.

Variante Z: si el tribunal arbitral determina, en ejercicio de su poder discrecional, que, a la luz de las circunstancias a que se hace referencia en el párrafo 2) del artículo 17, la medida cautelar sólo puede ser eficaz si el tribunal ha dictado la orden de ejecución sin notificar previamente a la parte contra la que se invoque."

Párrafo 1)

95. En respuesta a una pregunta formulada sobre el significado de las palabras "salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa", se recordó al Grupo de Trabajo que estas palabras se habían incluido en el texto para reflejar la decisión de que el tribunal arbitral debía poder dispone en el momento de dictar la medida cautelar, que esa medida no podría ser objeto de una solicitud de ejecución judicial (A/CN.9/524, párrs. 26 y 34).

"por escrito"

96. Se propuso que se suprimieran las palabras "por escrito", que figuraban entre corchetes. La propuesta fue aprobada.

Nota de pie de página relativa al párrafo 1)

97. El Grupo de Trabajo consideró que el contenido de la nota de pie de página correspondiente al párrafo 1) era aceptable en general.

"que satisfaga los requisitos del artículo 17"

98. El Grupo de Trabajo recordó que el párrafo 1) del proyecto revisado de artículo 17 bis estaba formulado en términos más amplios que los empleados en un proyecto anterior, al haberse sustituido las palabras "medida cautelar mencionada en el artículo 17" por las palabras "toda orden o todo laudo por el que un tribunal

arbitral dicte medidas cautelares, que satisfaga los requisitos del artículo 17". Se recordó que la finalidad de este enunciado del proyecto actual era asegurar que toda medida cautelar cuya ejecución se solicitara cumpliera las salvaguardias establecidas en el proyecto de artículo 17, independientemente de si la medida fue dictada en un país que había adoptado la Ley Modelo o en otro país (A/CN.9/524, párr. 32). En apoyo de que se hiciera referencia a los requisitos del artículo 17 en el párrafo 1), se argumentó que se daría un incentivo al tribunal arbitral para cumplir más estrictamente los requisitos enunciados en el artículo 17.

99. No obstante, se observó que la referencia a los requisitos del artículo 17 no era necesaria, dado que introducía ambigüedad en el texto, y se señaló el inconveniente de que un tribunal de ejecución pudiera entender que el texto actual le exigía examinar *de novo* si la medida cautelar satisfacía los requisitos del artículo 17. A fin de evitar tal interpretación, se propuso que se adoptaran palabras del siguiente tenor: "a reserva de lo dispuesto en el presente artículo, se reconocerá como vinculante toda medida cautelar dictada por un tribunal arbitral con arreglo al artículo 17 o a normas de tenor similar a las del artículo 17 y, a menos que el tribunal arbitral disponga otra cosa, dicha medida será ejecutada cuando se presente una solicitud al respecto ante el tribunal competente, independientemente del país en que haya sido dictada".

100. Si bien varias delegaciones compartían este criterio, se señaló que el enunciado propuesto podía dar lugar a dos problemas distintos. En primer lugar, cabría entender que la referencia a "normas de tenor similar a las del artículo 17" agregaban involuntariamente una condición a la definición de las medidas cautelares. En segundo lugar, se consideró inapropiado establecer un vínculo entre el artículo 17 y el artículo 17 bis, si se comparaba con el criterio adoptado en la Convención de Nueva York respecto de la ejecución y el reconocimiento de laudos. La Convención de Nueva York no definía el término "laudo", con lo cual el régimen del reconocimiento y la ejecución se aplicaba con independencia del origen del laudo. En cambio, una referencia al artículo 17 en el párrafo 1) del artículo 17 bis podía limitar el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares a los países que hubieran adoptado el artículo 17 de la Ley Modelo. Se dijo que ese resultado iría en contra del criterio del Grupo de Trabajo, partidario de la ejecución, respecto de las medidas cautelares, y también iría en contra de la armonización sobre el tema. Sobre esta base, se sugirió que el artículo 17 bis fuera aplicable a todas las medidas cautelares, independientemente de si una medida cumplía o no los requisitos del artículo 17. Además, en cualquier caso, se dijo que la referencia al artículo 17 no era apropiada, ya que no sólo remitía a la definición de las medidas cautelares sino que además enunciaba las condiciones que deberían cumplirse para que un tribunal arbitral pudiera otorgar una medida cautelar.

101. Se señaló que la inclusión en el texto de las palabras "que satisfaga los requisitos del artículo 17" podía tener como resultado la introducción de un motivo suplementario y oculto para denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar. Se observó que, si el Grupo de Trabajo pretendía incluir ese motivo en el texto, sería mejor trasladar esas palabras al párrafo 2). Esta sugerencia recibió cierto apoyo. No obstante, se señaló que, de adoptarse esa sugerencia, se impondría a la parte contra la que se solicitara la medida la obligación de demostrar que la medida cautelar no cumplía con el artículo 17.

102. A fin de tener en cuenta este problema, se propuso que se suprimieran las palabras "que satisfaga los requisitos del artículo 17" y que se agregara al texto otro motivo por el cual el tribunal pudiera denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar en virtud del párrafo 2). Si bien esta propuesta recibió un fuerte apoyo, el Grupo de Trabajo decidió aplazar su decisión al respecto hasta que hubiera concluido su examen del párrafo 2). Tras un debate, el Grupo de Trabajo aprobó esa propuesta.

Párrafo 2

Parte introductoria

103. En aras de la coherencia con el artículo 36 de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo convino en suprimir, en las palabras introductorias del párrafo 2), la variante entre corchetes "y" y adoptar la variante "o". El Grupo de Trabajo aprobó la parte introductoria del párrafo 2) sin hacer más observaciones.

Apartado a)

Parte introductoria

104. Se sugirió que se suprimieran las palabras "a solicitud de la parte contra quien se invoca", dado que el tribunal, examinado simplemente el caso, ya podía tener la certeza de que existía un motivo para denegar la ejecución. Además, al suprimirse esas palabras, el texto abarcaría también la situación en que una parte contra la que se invocara una medida no compareciera en el procedimiento.

Inciso i) del apartado a)

105. Entre las dos variantes del proyecto de apartado, se prefirió la variante 2. Sin embargo, se sugirió que se suprimiera de esa variante la referencia al artículo 36 1) a) i) de la Ley Modelo, pues podía dar pie a que el tribunal se planteara si el tribunal arbitral podía tener competencia cuando aún no se hubiera iniciado el procedimiento arbitral. Se respondió que el párrafo 3) del artículo 17 bis contenía una salvaguardia contra ese riesgo, limitando las decisiones que pudiera adoptar el tribunal por cualquiera de los motivos del párrafo 2) al reconocimiento y a la ejecución de la medida cautelar. Se sugirió la posibilidad de hacer una referencia al artículo 36 en lugar de a párrafos específicos. En tal caso, podría considerarse la supresión del inciso iv) del apartado a), pues ya estaría incluido en el artículo 36 1) a) v). Otra sugerencia fue que la decisión definitiva de adoptar la variante 2 no se tomara hasta que el Grupo de Trabajo hubiera examinado una versión unificada de las diversas referencias al artículo 36 de la Ley Modelo que figuraban en la versión actual del párrafo 2).

106. Se observó que, como se había decidido retener la variante 2, habría que reexaminar la cuestión de la carga de la prueba. A este respecto, se señaló que, a diferencia del apartado a) del párrafo 2), en el que no se decía expresamente a quién debería imponerse la carga de la prueba, el apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 disponía que esa carga debía imponerse a la parte contra la que se invocara la medida cautelar.

Motivo suplementario para denegar el reconocimiento y la ejecución

107. A raíz de la sugerencia de que se suprimiera la referencia al artículo 17 en el párrafo 1) y de que se agregara otro motivo por el que el tribunal pudiera denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar (véase el párrafo 10, *supra*), se propuso que, al final del párrafo 2), se agregara un nuevo inciso con el siguiente texto:

> "v) el tribunal arbitral tiene prohibido dictar medidas cautelares [en virtud de un acuerdo entre las partes o de una disposición legal imperativa del país en que tiene lugar el arbitraje]".

Se presentó una nueva propuesta en los siguientes términos:

> "v) el tribunal arbitral no está autorizado a dictar la medida cautelar [en virtud de un acuerdo entre las partes o de la legislación del lugar del arbitraje]".

Se indicó que esta última propuesta constituía una mejora respecto de la anterior porque reconocía que un árbitro no tenía la facultad intrínseca de dictar medidas cautelares y que esa facultad podía sólo dimanar del acuerdo entre las partes o de la legislación aplicable.

108. Se observó que el texto entre corchetes del nuevo inciso propuesto ya estaba regido por el artículo 36 1) a) iii), por lo que tal vez convendría suprimirlo. Respecto de la referencia el derecho aplicable en la sede del tribunal arbitral, se señaló que, por ejemplo, sería difícil para un juez ejecutar una medida cautelar cuando la ley del país en que tuviera lugar el arbitraje no permitiera tal procedimiento, a pesar de un acuerdo en contrario de las partes. Se observó que en la propuesta revisada no debería hacerse referencia al acuerdo entre las partes ni al derecho aplicable, porque la decisión al respecto debería dejarse en manos del tribunal.

109. Se puso en duda la utilidad de hacer referencia al país en que tenga lugar el arbitraje, y tampoco se consideró un buen criterio hacer referencia al país en que se solicite el reconocimiento y la ejecución. No obstante, se observó que el artículo 36 1) a) iv) hacía referencia a la "ley del país donde se efectuó el arbitraje" y que, en aras de la coherencia, tal vez convendría mantener esas palabras. En respuesta a ello se afirmó que la referencia a la legislación del país "donde se efectuó el arbitraje" podía no ser apropiada, pues lo que se pretendía incluir era la *lex arbitri*, y los árbitros podían no estar físicamente presentes en la jurisdicción que regía el arbitraje. Por esta razón se propuso como más apropiado hacer una referencia a "la legislación que rige el procedimiento tribunal".

110. En cuanto al mencionado motivo suplementario para denegar el reconocimiento y la ejecución, se opinó que tal disposición era innecesaria, ya que el asunto estaba suficientemente tratado en el artículo 36.

111. Si bien la definición del régimen del reconocimiento y la ejecución en el artículo 17 bis era apropiado para las medidas cautelares *inter partes*, se señaló que tal vez convendría examinar su aplicación a las medidas *ex parte*.

112. El Grupo de Trabajo convino en que el debate sobre el proyecto de artículo 17 bis tenía que proseguir en el período de sesiones siguiente. Se pidió a la Secretaría que prepara un proyecto revisado que recogiera las diversas opiniones y sugerencias expresadas.

B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 39º período de sesiones: Solución de controversias comerciales: Medidas cautelares
Nota de la Secretaría

(A/CN.9/WG.II/WP.125) [Original: inglés]

Índice

	Párrafos
Introducción	1-3
I. Proyecto de disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para su inserción como nuevo artículo, provisionalmente 17 bis, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)	4-39
A. Texto del proyecto de artículo 17 bis	
B. Observación general sobre las nuevas disposiciones	5
C. Notas sobre el proyecto de artículo 17 bis	6-39
II. Proyecto de disposición sobre la facultad de los tribunales judiciales para ordenar medidas cautelares en apoyo del arbitraje (para su inserción provisional como nuevo artículo 17 ter de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)	40-44
A. Variantes que se presentan al Grupo de Trabajo	40-43
B. Textos ilustrativos para los debates	44
1. Ley de Arbitraje del Reino Unido (1996) (que se aplica únicamente en Inglaterra y Gales)	
2. Derecho alemán sobre arbitraje – Artículo 1033 (Código de Procedimiento Civil)	
3. Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong (Capítulo 341 de la Ley de Hong Kong)	

Introducción

1. En su 37º período de sesiones (Viena, 7 a 11 de octubre de 2002), el Grupo de Trabajo practicó un breve análisis sobre la cuestión del reconocimiento y la ejecución de medidas provisionales cautelares, basado en una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 83), que contenía un proyecto de texto (reproducido también en A/CN.9/523, párr. 78) (denominado en adelante "el proyecto de disposición sobre ejecución"). El Grupo de Trabajo oyó asimismo un breve intercambio de opiniones sobre el posible tratamiento de las medidas cautelares ordenadas por un tribunal en el contexto de la revisión del artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (A/CN.9/523, párr. 77) (denominada en adelante "Ley Modelo de la CNUDMI").

2. En su 38º período de sesiones (Nueva York, 12 a 16 de mayo de 2003), el Grupo de Trabajo analizó la disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares sobre la base del proyecto de disposición relativa a la ejecución y examinó luego un proyecto revisado (reproducido en A/CN.9/524, párr. 30) (denominado en adelante "proyecto revisado"). El Grupo de Trabajo examinó igualmente un proyecto de posible disposición que previera la facultad del tribunal para ordenar medidas cautelares en apoyo del arbitraje (A/CN.9/524, párrs. 76 a 78).

3. La presente nota se ha preparado sobre la base de los análisis y las decisiones del 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo y comprende dos versiones revisadas, una de ellas relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (Parte I), y otra relativa a la facultad de los tribunales para ordenar medidas de esa índole (Parte II).

I. Proyecto de disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para su inserción como nuevo artículo, provisionalmente 17 bis, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)

4. Para facilitar la reanudación de los debates, en el texto siguiente se presenta una versión nuevamente revisada de la disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (denominada en adelante "proyecto de artículo 17 bis"):

A. Texto del proyecto de artículo 17 bis

1) A reserva de lo dispuesto en el presente artículo, toda medida cautelar adoptada por un tribunal arbitral, que satisfaga los requisitos del artículo 17, se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada previa presentación [por escrito] a un tribunal competente una solicitud, independientemente del país en que se haya formulado*.

2) El tribunal sólo puede negarse a reconocer [y] [o] ejecutar una medida cautelar:

a) Si, a solicitud de la parte contra quien se invoca, el tribunal está convencido de que:

i) *Variante 1*: existe una cuestión de fondo sobre la competencia del tribunal [[de tal naturaleza que haga inapropiados el reconocimiento o la ejecución][de tal naturaleza que haga inejecutable la medida cautelar]] [y el tribunal arbitral no ordenó ninguna garantía apropiada respecto de esa medida cautelar];

* Las condiciones enunciadas en el presente artículo tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que el tribunal puede negarse a ejecutar una medida cautelar. No sería contrario al nivel de armonización que se intenta lograr con estas disposiciones modelo que un Estado previera menos circunstancias en que pudiera rehusarse la ejecución.

Variante 2: existe una cuestión de fondo relativa a alguno de los motivos de denegación enunciado en los incisos i), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

ii) *Variante 1*: no se notificaron apropiadamente a esa parte el nombramiento de un árbitro o las actuaciones arbitrales [, en cuyo caso el tribunal puede suspender las actuaciones de ejecución [hasta que el tribunal arbitral haya oído a las partes][hasta que las partes hayan tenido oportunidad de ser oídas por el tribunal arbitral][hasta que las partes hayan sido debidamente notificadas]];

Variante 2: esa negativa está justificada por los motivos enunciados en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

iii) *Variante 1*: esa parte no pudo presentar su posición respecto de la medida cautelar [, en cuyo caso el tribunal [podrá] [deberá] suspender las actuaciones de ejecución hasta que las partes hayan sido oídas por el tribunal arbitral]; o

Variante 2: esa negativa está justificada por los motivos enunciados en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

iv) La medida cautelar haya sido finalizada o suspendida por el tribunal arbitral o en virtud de orden de un tribunal competente; o

b) Si el tribunal determina que:

i) La medida cautelar solicitada es incompatible con las facultades que sus leyes confieren al tribunal, a menos que el tribunal decida volver a formular la medida cautelar en la medida necesaria para adaptarla a sus propias facultades y a sus procedimientos a efectos de ejecutar esa medida cautelar sin modificar su contenido; o

ii) *Variante 1*: el reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar serían contrarios al orden público reconocido por el tribunal.

Variante 2: cualquiera de los motivos enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 se aplican al reconocimiento y la ejecución de la medida cautelar.

3) Toda determinación hecha por el tribunal con referencia a cualquier motivo enunciado en el párrafo 2) del presente artículo será únicamente eficaz para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar.

4) La parte que solicite o haya obtenido la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda finalización, suspensión o enmienda de dicha medida cautelar.

5) *Variante A*: El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera apropiado, ordenar a la otra parte que otorgue las garantías apropiadas para los gastos procesales [a menos que el tribunal haya dictado ya una orden con respecto a la garantía de los gastos] [a menos que el tribunal haya ya dictado una orden con respecto a la garantía de los gastos,

excepto cuando el tribunal determine que la orden es inapropiada o insuficiente en las circunstancias del caso].

Variante B: El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera apropiado, ordenar que se otorgue una garantía para los gastos procesales.

Variante C: El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de esa facultad, una revisión del contenido de la medida cautelar.

Variante D: El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución sólo podrá ordenar la garantía de los gastos cuando esa orden sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

6) El inciso ii) del apartado a) del párrafo 2) no será aplicable

Variante X: a una medida cautelar ordenada sin notificación de la parte contra la que se invoque la medida cautelar siempre que se haya ordenado que la medida fuese eficaz durante un período que no excediese de los [treinta] días y siempre que la ejecución de la medida se haya solicitado antes de la expiración de dicho plazo.

Variante Y: a una medida cautelar que se haya ordenado sin notificación de la parte contra la que se invoque la medida, siempre que esa medida cautelar sea confirmada por el tribunal arbitral después que la otra parte haya podido presentar sus argumentos con respecto a la medida.

Variante Z: si el tribunal arbitral determina, en ejercicio de su poder discrecional, que, a la luz de las circunstancias a que se hace referencia en el párrafo 2) del artículo 17, la medida cautelar sólo puede ser eficaz si el tribunal ha dictado la orden de ejecución sin notificar previamente a la parte contra la que se invoque.

B. Observación general sobre las nuevas disposiciones

5. El Grupo de Trabajo observará que el artículo 17 bis y el proyecto de artículo 17 ter (enunciados más adelante en los párrafos 40 y 42) están destinados a ser incluidos en la Ley Modelo de la CNUDMI a continuación del proyecto de nuevo artículo 17 (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.123). El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si cabría agrupar estas disposiciones en un nuevo capítulo de la Ley Modelo de la CNUDMI, por ejemplo, en un capítulo IV bis, que podría titularse “Medidas cautelares”. Otra posibilidad sería modificar el título actual del Capítulo IV, “Competencia del tribunal arbitral”, para que reflejase mejor la inclusión de estas nuevas disposiciones.

C. Notas sobre el proyecto de artículo 17 bis

Párrafo 1) (anteriormente párrafos 1 y 2 del proyecto revisado reproducido en el documento A/CN.9/524, párr. 30)

6. Los párrafos 1) y 2) del proyecto revisado se han refundido en un párrafo para ajustarlo más al enunciado del artículo 35 de la Ley Modelo de la CNUDMI.

7. El párrafo 1) del proyecto de artículo 17 bis tiene la finalidad de reflejar las decisiones del Grupo de Trabajo conforme a las cuales la disposición debería:

- comenzar por enunciar en términos afirmativos el deber de reconocer y ejecutar toda medida cautelar, para pasar luego a definir los motivos por los que cabría denegar su reconocimiento o ejecución (A/CN.9/524, párrs. 28 y 34);
- contener las siguientes palabras: "Toda medida cautelar dictada por un tribunal arbitral que satisfaga los requisitos del artículo 17" (véase el documento A/CN.9/524, párr. 32); y
- contener también las palabras "independientemente del país en que se haya dictado" (véase el documento A/CN.9/524, párr. 33).

8. Las palabras "Salvo que el tribunal disponga otra cosa" se han incluido en el texto para reflejar la decisión de que un tribunal arbitral debería poder disponer, en el momento de dictar la medida cautelar, que la medida no ha de ser objeto de una solicitud de ejecución judicial (A/CN.9/524, párrs. 26 y 34).

9. En cuanto a la redacción, se sugirió que en el párrafo 2) del proyecto revisado se omitieran las palabras "reconocida y", dado que el reconocimiento estaba implícito en la ejecución. No obstante, se insistió en la necesidad de incluir ambos términos en aras de la coherencia con otros proyectos de disposición, así como con los artículos 34 y 35 de la Ley Modelo de la CNUDMI (A/CN.9/524, párr. 34). El texto revisado no parece justificar ya esa sugerencia.

10. Las palabras "por escrito" se han puesto entre corchetes. Al ultimar el texto del párrafo 1) del artículo 17 bis, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que la expresión "por escrito" figura en cierto número de disposiciones en la Ley Modelo de la CNUDMI, que son el párrafo 2) del artículo 7, el párrafo 1) del artículo 31 y el párrafo 1) del artículo 35. Como no hay ninguna definición general de la expresión en la Ley Modelo de la CNUDMI, y dado que el Grupo de Trabajo aún tiene que adoptar una decisión sobre la revisión del párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI, el Grupo de Trabajo tal vez desee evitar que se haga referencia a la expresión, a menos que sea imprescindible, o estudiar la posible inclusión en el texto de una definición global adaptada al comercio electrónico, en aras de una interpretación uniforme.

Nota de pie de página al párrafo 1)

11. El Grupo de Trabajo acordó mantener la nota de pie de página, pero sustituyendo, donde proceda, la palabra "debe", por la palabra "podrá" (A/CN.9/524, párrs. 64 a 66).

Párrafo 2) (anteriormente párrafo 3) del proyecto revisado)

Observaciones generales

12. Al término del debate sobre cada uno de los motivos para denegar la ejecución de una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral, se observó que uno de los resultados logrados por el Grupo de Trabajo había sido alinear más esos diversos motivos con los motivos enumerados en los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo y en el artículo V de la Convención de Nueva York. Se sugirió que, en vez de enunciar cada uno de esos motivos, se reformulara el texto en forma de una remisión general a "lo dispuesto en los artículos 35 y 36" (A/CN.9/524, párr. 57). Se pidió a la Secretaría que examinara la posibilidad de redactar diversas variantes, de modo que el Grupo de Trabajo dispusiese de textos concretos al continuar sus debates al respecto en un futuro período de sesiones. Las variantes 2 en los incisos i), ii) y iii) del apartado a) y ii) del apartado b) son textos que responden a estas sugerencias. El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que la referencia al inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 se repite en los incisos ii) y iii) del proyecto revisado puesto que se ocupa de la notificación y de la imposibilidad de presentar los argumentos.

13. Otra opinión era que debía evitarse una remisión a los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo para facilitar la utilización del proyecto de disposición relativa a la ejecución por los Estados que podrían no haber promulgado aún la Ley Modelo. Se dijo que era preferible detallar en la Ley Modelo las disposiciones aplicables a la ejecución de medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral, dado que los criterios normativos y jurídicos que regían la ejecución de esas medidas eran lo bastante diferentes de los que regían la ejecución de un laudo arbitral (A/CN.9/524, párr. 57). Las variantes 1 en los incisos i), ii) y iii) del apartado a) y ii) del apartado b) son textos que responden a esas sugerencias.

Parte introductoria

14. Para subrayar que las circunstancias en que cabía denegar la ejecución eran limitadas, se ha incluido la palabra "solamente" antes de la palabra "podrá" (A/CN.9/524, párrafo 35). En aras de la coherencia con el artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI, y también para reflejar mejor las opciones de que dispone el tribunal, el Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si se puede reemplazar la palabra "y" por "o".

15. La estructura del párrafo 2) refleja la decisión del Grupo de Trabajo (A/CN.9/524, párr. 62).

Apartado a), parte introductoria (anteriormente apartado a) del párrafo 1 del proyecto de disposición relativa a la ejecución reproducido en el documento A/CN.9/523, párr. 78)

16. La nueva redacción refleja la decisión de que no hay que adoptar ninguna disposición acerca de la asignación de la carga de la prueba y que la cuestión debe dejarse en manos de la ley aplicable (A/CN.9/524, párrs. 35, 36, 42, 58 y 60). El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que el texto actual, que omite toda referencia a la carga de la prueba, parece ser incoherente con el enfoque adoptado en los artículos 34 y 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI. De ser así, esto podría

dar pie a diferentes interpretaciones, como la de que se impone la carga de la prueba a la parte que pide la ejecución, o la de que corresponde al tribunal arbitral verificar de oficio estos requisitos. Si el Grupo de Trabajo conviene en que esta diferente redacción se justifica, en vista de que el artículo 17 bis tiene objetivos distintos de los de los artículos 34 y 36, el Grupo de Trabajo tendría que detallar más las razones de esta diferente redacción para evitar incertidumbre en la interpretación.

Inciso i) del apartado a) (anteriormente apartado a) del proyecto revisado e inciso i) del apartado a) del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución)

Variante 1

17. La variante 1 enumera las disposiciones aplicables a la ejecución de medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral, con el criterio de que las consideraciones normativas y jurídicas en que se basa la ejecución de esas medidas eran suficientemente distintas de las que rigen la ejecución de un laudo arbitral (A/CN.9/524, párr.57).

18. El Grupo de Trabajo convino que para que un tribunal pudiera a su discreción negarse a reconocer y ejecutar una medida cautelar, el tribunal debía no sólo estar convencido de que existía una cuestión de fondo sino también de que la cuestión constituía una razón apropiada para denegar la ejecución y el reconocimiento. Este enfoque más amplio recibió apoyo general (A/CN.9/524, párr. 37). Para reflejar más explícitamente ese enfoque, el proyecto de texto contiene variantes entre corchetes que disponen que la cuestión de fondo ha de ser de tal naturaleza que haga inapropiados el reconocimiento o la ejecución, o inejecutable la medida cautelar (A/CN.9/524, párr. 37).

19. Se observó asimismo que en toda revisión del apartado a) del proyecto revisado deberían tenerse en cuenta los debates sobre el requisito de aportar garantía cuando se otorgara una medida cautelar (A/CN.9/524, párr. 39). En este contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar, como se ha dispuesto entre corchetes en el texto, si el apartado a) debe estar sujeto a si el tribunal arbitral ordenó o no garantía con respecto a la medida cautelar cuyo reconocimiento y ejecución se solicita.

Variante 2

20. Para un análisis de esta variante, véanse los párrafos 12 y 13 *supra*.

Inciso ii) del apartado a) (anteriormente inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución)

Variante 1

21. El texto actual contiene diversas variantes al efecto de que el tribunal pueda suspender las actuaciones de ejecución hasta que las partes:

- hayan sido oídas por el tribunal arbitral;
- hayan tenido oportunidad de ser oídas por el tribunal arbitral;
- hayan sido debidamente notificadas (A/CN.9/524, párr.45).

El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si las primeras dos variantes introducen una condición excesivamente formal que pudiera demorar innecesariamente la ejecución de una medida cautelar.

Variante 2

22. Véanse las observaciones en los párrafos 12 y 13 *supra*.

Inciso iii) del apartado a) (anteriormente inciso iii) del apartado a) del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución)

Variante I

23. El contenido del inciso se consideró generalmente aceptable (A/CN.9/524, párr. 46). El texto conserva las palabras entre corchetes "[en cuyo caso el tribunal [suspenderá] [podrá suspender] las actuaciones de ejecución hasta que las partes hayan sido oídas por el tribunal arbitral]". Se puso en duda la utilidad de esas palabras entre corchetes. Se afirmó que describían sólo una de las muchas opciones de que normalmente dispondría un tribunal nacional conforme al derecho interno cuando no se hubiera dado a una parte la plena oportunidad de presentar sus argumentos conforme al artículo 18 de la Ley Modelo. Desde esa perspectiva, el texto entre corchetes resultaría solamente útil en la improbable situación en que las normas del derecho procesal interno no permitiesen a un tribunal ordenar la suspensión de las actuaciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si se conserva o no el texto y, de ser así, si se opta por "suspenderá" o por "podrá suspender". Cabe recordar que se ha expresado la opinión de que, a efectos de que la discrecionalidad del tribunal fuera lo más amplia posible, la opción preferible era "podrá suspender" (A/CN.9/524, párr. 46).

Variante 2

24. Véanse las observaciones en los párrafos 12 y 13 *supra*.

Inciso iv) del apartado a) (anteriormente inciso iv) del apartado a) del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución)

25. Se consideró que el contenido de este inciso era en general aceptable. Las palabras "o por orden de un tribunal competente" se han añadido para hacer frente a una situación en que una medida provisional haya sido anulada por un tribunal del país en que se lleve a cabo el arbitraje (A/CN.9/524, párr. 47).

Inciso i) del apartado b) (anteriormente inciso i) del apartado b) del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución)

26. En su anterior redacción, el inciso i) del apartado b) se refería a las "leyes procesales". Conforme a lo decidido por el Grupo de Trabajo, se había omitido la remisión al término "procesal" por estimarse que había diferencias sustanciales entre los derechos procesales de los países y que los límites entre leyes sustantivas y leyes procesales variaban también de un ordenamiento a otro (A/CN.9/524, párr. 48). Asimismo se dijo que un tribunal puede negarse a reconocer o ejecutar una medida cautelar si la considera incompatible con las facultades que le confieren las leyes sustantivas del país.

27. La nueva redacción refleja la decisión del Grupo de Trabajo de combinar con este inciso el párrafo 4 del proyecto de disposición relativa a la ejecución (que decía: "al volver a formular la medida conforme al inciso i) del apartado b) del párrafo 1), el tribunal no modificará el contenido de la medida cautelar") (A/CN.9/524, párr. 49).

Inciso ii) del apartado b) (anteriormente inciso ii) del apartado b) del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución)

Variante 1

28. Como decidió el Grupo de Trabajo, en el proyecto de párrafo se han omitido por innecesarias las palabras "este Estado", si bien figuran en el inciso ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI (A/CN.9/524, párrs. 50 y 51).

29. La disposición ha sido revisada para referirse al "orden público reconocido por el tribunal" (A/CN.9/524, párrs. 38 y 52). Como recordará el Grupo de Trabajo, se consideró que la expresión "orden público" era muy vaga y que resultaba imposible de definir en varios países, pues podía abarcar al menos tres significados distintos, a saber: el orden público nacional, entendido como el conjunto de las disposiciones imperativas de la legislación nacional; las normas de orden público expresamente establecidas en la legislación nacional para las relaciones internacionales; y el conjunto muy limitado de normas establecidas de ámbito transnacional, denominado a veces orden público internacional.

30. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar las consecuencias de las posibles diferencias entre este inciso y otras disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI, a saber, el inciso ii) del apartado b) del artículo 34 y el inciso ii) del apartado b) del artículo 36, y decidir si sería conveniente, en aras de una interpretación uniforme, definir la expresión "orden público" para los fines de la Ley Modelo de la CNUDMI.

Variante 2

31. Véanse las observaciones en los párrafos 12 y 13 *supra*.

Párrafo 3) (anteriormente párrafo 4) del proyecto revisado)

32. La nueva redacción tuvo en cuenta la preocupación expresada en los debates del Grupo de Trabajo por el riesgo de que el tribunal judicial, al examinar una solicitud de ejecución de una medida cautelar, pudiera mermar el derecho del tribunal arbitral a determinar su propia competencia (A/CN.9/524, párrs. 22 y 40).

33. El Grupo de Trabajo acordó añadir las palabras "por el tribunal" después de la palabra "dictada" para aclarar que el párrafo se refería a un tribunal judicial, y no a un tribunal arbitral, y también para establecer un vínculo más claro entre ese párrafo y el párrafo 2) (anteriormente párrafo 3) del proyecto revisado) (A/CN.9/524, párr. 56).

Párrafo 4) (anteriormente párrafo 3) de la disposición relativa a la ejecución)

34. De acuerdo con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de que la obligación de notificar sigue vigente después de haberse dictado una orden de ejecución, se han sustituido las palabras "la parte que solicite la ejecución" por las palabras "la parte que solicite o haya obtenido la ejecución" (A/CN.9/524, párr. 69).

Párrafo 5) (nueva disposición)

35. Conforme a lo pedido por el Grupo de Trabajo, esta disposición aborda la cuestión de si un tribunal, cuando recibe una solicitud de ejecución de una medida cautelar, debería poder exigir al solicitante que aportara una caución (A/CN.9/524, párrs. 72 a 75).

36. La variante A dispone que un tribunal judicial está facultado para exigir una caución y contiene texto entre corchetes que limita esa facultad al supuesto en que un tribunal arbitral no ha exigido caución, así como otra opción que amplía esta facultad para que comprenda la de ordenar una caución cuando un tribunal arbitral haya dictado una orden a tal efecto pero el tribunal judicial haya estimado que la orden es inapropiada o insuficiente en las circunstancias del caso. La variante B dispone simplemente que un tribunal puede, a su discreción, ordenar que se garanticen los gastos. Conforme a esta variante, el alcance de la facultad, así como el de todo posible conflicto con una anterior determinación de un tribunal arbitral sobre la caución, serían resueltos por el tribunal conforme a una ley distinta de la Ley Modelo de la CNUDMI. La variante C se ha redactado para atender a la sugerencia de que la facultad de un tribunal se limite a la cuestión de ejecutar o no una medida cautelar. El texto sugerido dispone expresamente que el tribunal judicial no debe estar facultado para revisar el fondo de la medida cautelar. Si esta variante es la opción preferida, el proyecto de artículo no contendrá ninguna disposición que otorgue expresamente al tribunal judicial el derecho a exigir una caución al reconocer o ejecutar una medida cautelar. La variante D circunscribe la facultad del tribunal judicial de ordenar la caución para proteger los derechos de terceros. Como la palabra "tercero" no está definida, si la variante D es la opción preferida, el Grupo de Trabajo tal vez desee aclarar el término.

37. El Grupo de Trabajo podría estar dispuesto a continuar examinando la cuestión de la caución por los gastos ordenada por los tribunales a la luz de las Convenciones de La Haya de Procedimiento Civil de 1905 y 1954, que prohíben que se requiera el pago de una caución en concepto de gastos a los nacionales de los Estados firmantes. El artículo 17 de la Convención de La Haya de Procedimiento Civil dispone lo siguiente:

> "No puede imponerse ninguna fianza ni depósito, cualquiera sea su denominación, en razón de su condición de extranjeros o de la falta de domicilio o de residencia en el país, a los nacionales de uno de los Estados contratantes, con domicilio en uno de esos Estados, que sean demandantes o intervengan en los tribunales de otro de esos Estados.
>
> La misma norma se aplica a los pagos que puedan ser requeridos de demandantes o intervinientes para garantizar los gastos procesales.
>
> Las convenciones por las cuales los Estados contratantes puedan haber establecido, en beneficio de sus nacionales, la exención de garantía por los

gastos y los daños y perjuicios en las actuaciones judiciales o del pago de gastos procesales independientemente del domicilio, continuarán aplicándose."

Párrafo 6) de la nueva redacción (anteriormente párrafo 5) de la disposición relativa a la ejecución)

38. Este párrafo no fue examinado durante el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo.

Copia certificada

39. El párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo dispone que "la parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje (...) o copia debidamente certificada del mismo". El artículo dispone asimismo que "si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en un idioma oficial de este Estado, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos". En su 38º período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó en general que, al redactar el párrafo, debería evitarse que se apartara innecesariamente del texto de los artículos 35 y 36 (A/CN.9/524, párr. 57). Sobre esta base, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si conviene agregar al texto actual palabras de tenor análogo a las del párrafo 2) del artículo 35.

II. Proyecto de disposición sobre la facultad de los tribunales judiciales para ordenar medidas cautelares en apoyo del arbitraje (para su inserción provisional como nuevo artículo 17 ter de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)

A. Variantes que se presentan al Grupo de Trabajo

40. En su 38º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó un posible proyecto de disposición que preveía la facultad del tribunal para ordenar medidas cautelares en apoyo del arbitraje, sobre la base de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.119) y, en particular, el proyecto de disposición que decía lo siguiente:

> "El tribunal tendrá la misma competencia para dictar medidas cautelares a fin de facilitar actuaciones arbitrales y en relación con éstas que la que ejerce con objeto de facilitar actuaciones judiciales y en relación con éstas."

41. Se apoyó en general la idea de redactar una disposición que facultara a un tribunal judicial para dictar medidas cautelares, independientemente del país en que se llevara a cabo el arbitraje. Se señaló que el alcance de la disposición no se ajustaba al principio de la territorialidad enunciado en la Ley Modelo. Hubo acuerdo general en que, al preparar el proyecto revisado, debería prestarse atención a la posible necesidad de adaptar el párrafo 2) del artículo 1 para ampliar la excepción a la aplicación territorial de la Ley Modelo (A/CN.9/524, párr. 78). El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de enmendar el párrafo 2) del artículo 1 para incluir en él una referencia a cualquier disposición que confiriese al tribunal la

facultad para dictar medidas cautelares incluso si el arbitraje tuviese lugar en otro país, fuera de la jurisdicción de ese tribunal.

42. A continuación se presentan dos variantes que pueden examinarse cuando se reanude el debate sobre este tema.

Variante 1

> "El tribunal tendrá la misma competencia para dictar medidas cautelares a fin de facilitar actuaciones arbitrales y en relación con éstas que la que ejerce con objeto de facilitar actuaciones judiciales y en relación con éstas y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias normas y procedimientos en la medida en que éstos sean aplicables, habida cuenta de las características específicas de un arbitraje internacional."

Variante 2

> "El tribunal tendrá la misma competencia para dictar medidas cautelares a fin de facilitar actuaciones arbitrales y en relación con éstas que la que ejerce con objeto de facilitar actuaciones judiciales y en relación con éstas. Esa competencia se ejercerá de conformidad con los requisitos enunciados en el artículo 17 en la medida en que estos requisitos sean aplicables."

43. Las variantes adoptan un enfoque diferente en cuanto a los criterios y normas para aplicar las medidas cautelares ordenadas por un tribunal. La variante 1 procura dar efecto a la sugerencia de que el tribunal aplique sus propias normas sustantivas y de procedimiento. La variante 2 refleja la opinión de que deberían aplicarse a los tribunales los criterios y normas enunciados en el artículo 17. Se reconoció en general que en toda referencia a normas existentes habría que prever flexibilidad para que el tribunal pudiera adaptarse a las características específicas del arbitraje internacional (A/CN.9/524, párr. 77).

B. Textos ilustrativos para los debates

44. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar los siguientes ejemplos de legislación nacional en que se regula de distintos modos la cuestión de si debe conferirse a los tribunales la facultad para dictar medidas cautelares. Esencialmente, al redactarse una disposición sobre este tema, se plantea la cuestión de si esa competencia debe otorgarse únicamente a los tribunales arbitrales o si deben poder ejercerla tanto un tribunal arbitral como un tribunal judicial. En la segunda opción, habría que examinar la forma de equilibrar la facultad para ordenar medidas cautelares entre los tribunales judiciales y los arbitrales. Concretamente habría que determinar si la facultad del tribunal judicial debe limitarse a circunstancias en las que el tribunal arbitral aún no se haya constituido; si una solicitud de medidas cautelares debe estar sujeta al consentimiento de las partes y a la notificación del tribunal arbitral; y si la facultad del primero debe ser una opción secundaria, sólo posible cuando un árbitro no pueda actuar eficazmente o las partes hayan acordado que el árbitro no esté facultado para otorgar medidas cautelares. Otra posibilidad sería dejar el equilibrio de estas facultades a la elección de las partes (para un anterior debate sobre las medidas cautelares ordenadas por un tribunal, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.119, párrs. 19 a 33, 37 a 40, 44 a 48 y 75 a 82).

1. Ley de Arbitraje del Reino Unido (1996) (que se aplica únicamente en Inglaterra y Gales)

"44. - 1) A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el tribunal tendrá a los fines de las actuaciones arbitrales y en relación con ellas, la misma competencia para dictar órdenes sobre las cuestiones enumeradas a continuación que tiene a los fines de las actuaciones judiciales y en relación con ellas.

2) El tribunal será competente para:

a) Obtener pruebas testimoniales;

b) Conservar pruebas;

c) Dictar órdenes relativas a bienes sujetos a las actuaciones o sobre los que se plantee alguna cuestión durante éstas, como:

i) La inspección, fotografía, conservación, custodia o retención de los bienes; o

ii) La orden de que se extraigan muestras de los bienes, se haga alguna observación de ellos o se efectúe algún experimento con ellos;

Y a esos efectos puede autorizar a cualquier persona a entrar en cualquier local en poder o bajo el control de una de las partes en el arbitraje;

d) Vender de cualquier bien sujeto a las actuaciones;

e) Dictar un mandamiento provisional o nombrar un administrador.

3) Si el caso reviste urgencia, el tribunal podrá, a petición de una parte o de una futura parte en las actuaciones arbitrales, dictar las órdenes que estime necesarias con el fin de conservar pruebas o bienes.

4) Si el caso no reviste urgencia, el tribunal actuará sólo a petición de una parte en las actuaciones arbitrales (con notificación a las demás y al tribunal), cuando la petición haya sido cursada con el permiso del tribunal o el consentimiento por escrito de las demás partes.

5) En todo caso, el tribunal sólo podrá actuar si el tribunal arbitral, y cualquier institución arbitral u otra persona que las partes hayan facultado al respecto, carecen de competencia para actuar con eficacia o por el momento no pueden hacerlo.

6) Si el tribunal así lo ordena, una orden dictada por él conforme a la presente sección cesará de tener efecto total o parcialmente cuando lo ordene el tribunal o cualquier otra institución arbitral u otra persona facultada para actuar en relación con la materia de que se trate.

7) El tribunal deberá autorizar toda apelación de una decisión que haya adoptado en virtud de la presente sección."

2. Derecho alemán sobre arbitraje – Artículo 1033 (Código de Procedimiento Civil)

"Acuerdo de arbitraje y medidas cautelares del tribunal

No es incompatible con un acuerdo de arbitraje que un tribunal otorgue, a petición de una de las partes, antes de las actuaciones arbitrales o durante las mismas, una medida cautelar relativa al objeto del arbitraje."

3. Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong (Capítulo 341 de la Ley de Hong Kong)

"1) El Tribunal o un juez de Tribunal podrán, en relación con una determinada actuación arbitral, proceder a:

a) Dictar una orden por la que deba garantizarse una suma controvertida;

b) En relación con los bienes pertinentes:

i) Dictar una orden por la que disponga la inspección, la fotografía, la conservación, la custodia, la retención o la venta de los bienes por el tribunal, por una de las partes en las actuaciones o por un experto; o

ii) Dictar una orden por la que se disponga que se extraigan muestras, se hagan observaciones de los bienes o se efectúen experimentos sobre ellos;

c) Dictar un mandamiento provisional u ordenar cualquier otra medida cautelar.

2) Los bienes serán bienes pertinentes a los fines del apartado b) del párrafo 1) si:

a) Son propiedad o están en poder de una parte en el procedimiento arbitral de que se trate; y si

b) Están sujetos a las actuaciones, o si durante dicho procedimiento se ha planteado cualquier cuestión en relación con ellos.

3) El Tribunal o un juez del Tribunal podrán ordenar a una persona que asista a las actuaciones ante un tribunal arbitral para testificar o presentar documentos u otras pruebas materiales.

4) El Tribunal o un juez del Tribunal podrán también dictar un auto de *habeas corpus ad testificandum* por el que se requiera que se lleve ante un tribunal arbitral a un preso para interrogarlo.

5) Las facultades conferidas por la presente sección pueden ser ejercidas independientemente de si pueden o no ejercerse facultades análogas conforme a la sección 2GB en relación con la misma controversia.

6) El Tribunal o un juez del Tribunal podrán abstenerse de dictar una orden conforme a esta sección en relación con una de las cuestiones enunciadas en la subsección 1) en razón de que:

a) La cuestión sea en ese momento objeto de actuaciones de arbitraje, y

b) El Tribunal o el juez consideren más apropiado que la cuestión se dirima ante el tribunal arbitral pertinente."

C. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 40º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de febrero de 2004)

(A/CN.9/547) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
I.	Introducción	1-10
II.	Resumen de las deliberaciones y decisiones	11
III.	Proyecto de disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para su inserción como nuevo artículo, provisionalmente 17 bis, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)	12-67
	Observaciones generales	13-16
	Párrafo 1)	17
	Párrafo 2) a)	18-35
	Párrafo 2) b)	36-48
	Párrafo 3)	49-50
	Párrafo 4)	51-53
	Párrafo 5)	54-61
	Párrafo 6)	62-67
IV.	Proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional relativo a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares	68-116
	Observaciones generales	68
	Párrafo 1)	69
	Párrafo 2)	70-83
	Párrafo 3)	84-91
	Párrafo 4)	92-96
	Párrafo 5)	97-100
	Párrafo 6)	101-104
	Párrafo 6 bis)	105-108
	Párrafo 7)	109-116

———————————

I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión se mostró en general de acuerdo en que había llegado el momento de evaluar, en el foro universal que ofrecía la Comisión, la aceptabilidad de las ideas y propuestas formuladas para la mejora del régimen legal y de los reglamentos y prácticas del arbitraje. La Comisión encomendó dicha labor al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y decidió que, entre las cuestiones prioritarias que el Grupo de Trabajo habría de examinar, debía figurar la de la ejecutoriedad de las medidas cautelares. El Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones sobre el tema de las medidas cautelares en su 32º período de sesiones (Viena, 21 a 30 de marzo de 2000), en cuya ocasión el Grupo de Trabajo dio su apoyo general a la idea de que se preparara un régimen legal modelo de la ejecutoriedad de las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral (A/CN.9/468, párrs. 60 a 79). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo inició asimismo un análisis preliminar de la necesidad de que se dispusiera de alguna norma uniforme para las medidas cautelares judiciales ordenadas en apoyo de actuaciones arbitrales (A/CN.9/468, párrs. 85 a 87).

2. El Grupo de Trabajo, en su 33º período de sesiones (Viena, 20 de noviembre a 1º de diciembre de 2000), convino en que el nuevo artículo propuesto para su introducción en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional ("Ley modelo de la CNUDMI") relativo a la ejecutoriedad de las medidas cautelares (numerado provisionalmente artículo 17 bis) debería imponer a la jurisdicción estatal la obligación de dar curso ejecutorio a las medidas cautelares arbitrales, siempre que se cumplieran las condiciones prescritas para ello (véase A/CN.9/485, párrs. 78 a 106). En su 34º período de sesiones, (Nueva York, 21 de mayo a 1º de junio de 2001), el Grupo de Trabajo, además de proseguir su examen del proyecto de artículo 17 bis, pasó a examinar una propuesta por la que se revisaba el texto del artículo 17 de la Ley modelo de la CNUDMI, en donde se definía el alcance de las facultades de un tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares y en donde se preveía además la concesión de medidas cautelares *ex parte*, es decir, impuestas sin escuchar a la parte afectada por la medida demandada (véase A/CN.9/487, párrs. 64 a 76). El Grupo de Trabajo prosiguió sus deliberaciones sobre los proyectos revisados de artículos 17 y 17 bis de la Ley Modelo de la CNUDMI a lo largo de sus períodos de sesiones 36º (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002) (véase A/CN.9/508, párrs. 51 a 94), 37º (Viena, 7 a 11 de octubre de 2002) (véase A/CN.9/523, párrs. 15 a 76, 78 a 80), 38º (Nueva York, 12 a 16 de mayo de 2003) (véase A/CN.9/524, párrs. 16 a 75) y 39º (Viena, 10 a 14 de noviembre de 2003) (véase A/CN.9/545, párrs. 19 a 112). Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del texto de dichos artículos para su examen por el Grupo de Trabajo en su 40º período de sesiones.

3. El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 40º período de sesiones en Nueva York, del 23 al 27 de febrero de 2004. Asistieron a él los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Burkina Faso, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Marruecos,

México, Paraguay, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sierra Leona, Singapur, Suecia, Tailandia y Uganda.

4. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Albania, Belarús, Croacia, Cuba, Dinamarca, Egipto, Filipinas, Finlandia, Gabón, Irlanda, Jamahiriya Árabe Libia, Madagascar, Malasia, Myanmar, Pakistán, Perú, Polonia, Qatar, República de Corea, República Democrática del Congo, República Unida de Tanzanía, Serbia y Montenegro, Sudáfrica, Suiza, Timor Leste, Turquía, Venezuela y Viet Nam.

5. Asistió también al período de sesiones un Estado no miembro que mantiene una misión de observador en la Sede de la Organización: la Santa Sede.

6. Asistieron, además, al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones intergubernamentales: Comité consultivo sobre el artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Comité Consultivo Internacional del Algodón (CCIA) y Corte Permanente de Arbitraje.

7. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones no gubernamentales, invitadas por la Comisión: *American Bar Association*, *Association of the Bar of the City of New York (ABCNY)*, *Association Suisse de l'Arbitrage*, Cámara de Comercio Internacional (CCI), *Center for International Legal Studies*, Centro Regional del Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional, Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, *Global Center for Dispute Resolution Research*, *Regional Centre for International Commercial Arbitration* (Lagos, Nigeria), *School of Internacional Arbitration* y *Union des Avocats Européens*.

8. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

Presidente: Sr. José María ABASCAL ZAMORA (México);

Relator: Sr. Sundaresh MENON (Singapur).

9. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: a) el programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.126); b) el texto de un proyecto revisado de disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares preparado a raíz de las decisiones del Grupo de Trabajo en su 38º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.125); c) una nota de la Secretaría con el texto nuevamente revisado de un proyecto de disposición relativa a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, preparado a raíz de las decisiones del Grupo de Trabajo en su 39º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.128); d) una nota de la Secretaría con la información facilitada por las delegaciones sobre el régimen de la responsabilidad en el contexto de las medidas cautelares (A/CN.9/WG.II/WP.127); e) una propuesta de la Cámara de Comercio Internacional relativa a los artículos 17 y 17 bis (A/CN.9/WG.II/WP.129); y f) los informes del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en sus períodos de sesiones 38º y 39º (A/CN.9/524 y 545).

10. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Calendario de reuniones.
2. Elección de la Mesa.

3. Aprobación del programa.

4. Preparación de disposiciones uniformes sobre las medidas cautelares para su incorporación a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

5. Otros asuntos.

6. Aprobación del informe.

II. Resumen de las deliberaciones y decisiones

11. El Grupo de Trabajo examinó el tema 4 del programa basándose en el texto de las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.125, 127 y 128), así como en la propuesta de la Cámara de Comercio Internacional (A/CN.9/WG.II/WP.129). Sus deliberaciones y conclusiones sobre ese tema quedan recogidas en los capítulos III y IV *infra*. Se pidió a la Secretaría que, basándose en las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, preparara proyectos revisados de varias disposiciones.

III. Proyecto de disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para su inserción como nuevo artículo, provisionalmente 17 bis, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)

12. El Grupo de Trabajo recordó que en su 39º período de sesiones, celebrado en Viena del 10 al 14 de noviembre de 2003, había empezado a examinar una nueva versión revisada de la disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (denominada en adelante "el proyecto de artículo 17 bis") (véase A/CN.9/545, párrs. 93 a 112). El Grupo de Trabajo procedió a reanudar su examen del artículo 17 bis, cuyo texto (según figura enunciado en el párrafo 4 del documento A/CN.9/WG.II/WP.125 y reproducido en el párrafo 94 del documento A/CN.9/545) era el siguiente:

"1) A reserva de lo dispuesto en el presente artículo, toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral, que satisfaga los requisitos del artículo 17, se reconocerá como vinculante para las partes y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada a raíz de la presentación de una demanda [por escrito] al foro judicial competente, cualquiera que sea el país en donde haya sido ordenada*.

2) El foro judicial sólo podrá denegar el reconocimiento [y] [o] la ejecución de una medida cautelar:

* Las condiciones enunciadas en el presente artículo tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que un foro judicial podrá denegar la ejecución de una medida cautelar. No se menoscabará en nada el objetivo de armonización que se intenta lograr con estas disposiciones modelo si un Estado prevé en ellas menos supuestos en los que pueda denegarse la ejecución.

a) Si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, el foro judicial constata que:

i) *Variante 1*: existe una cuestión de fondo en cuanto a la competencia del tribunal arbitral [[de tal naturaleza que sea improcedente el reconocimiento o la ejecución de][de tal naturaleza que haga inejecutable] la medida cautelar]] [y que el tribunal arbitral no ordenó que se prestara caución adecuada respecto de esa medida cautelar];

Variante 2: existe una cuestión de fondo suscitada por alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

ii) *Variante 1*: no se había dado, a la parte afectada, la notificación debida del nombramiento de un árbitro o de la apertura de las actuaciones arbitrales [, en cuyo caso el foro judicial podrá suspender toda actuación ejecutoria [hasta que el tribunal arbitral haya oído a las partes][hasta que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas por el tribunal arbitral][hasta que las partes hayan sido debidamente notificadas]];

Variante 2: dicha denegación está justificada por algún motivo enunciado en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

iii) *Variante 1*: no se había dado a la parte afectada por la medida la oportunidad de hacer valer sus argumentos al respecto [, en cuyo caso el foro judicial [podrá] [deberá] suspender toda actuación ejecutoria hasta que las partes hayan sido oídas por el tribunal arbitral]; o

Variante 2: dicha denegación está justificada por algún motivo enunciado en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

iv) La medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o por decisión de un foro judicial competente; o

b) Si, el foro judicial llega a la conclusión de que:

i) La medida cautelar demandada es incompatible con las facultades que su propia ley le confiere, a menos que dicho foro decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o que

ii) *Variante 1*: el reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar sería un acto contrario al orden público del foro.

Variante 2: alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o la ejecución de la medida demandada.

3) Toda determinación a la que llegue el foro judicial respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 2) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar.

4) La parte que demande o haya obtenido la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al foro judicial de toda revocación, suspensión o enmienda que se ordene de dicha medida.

5) *Variante A*: El foro judicial ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte afectada que preste una caución adecuada por concepto de gastos, salvo [que el tribunal arbitral haya exigido ya dicha caución] [, salvo que el tribunal arbitral haya exigido ya dicha caución, a menos que el foro determine que la caución exigida es inapropiada o insuficiente en las circunstancias del caso].

Variante B: El foro judicial ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera apropiado, ordenar que se preste caución por concepto de gastos.

Variante C: El foro judicial ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar no podrá, en el ejercicio de dicho cometido, reconsiderar el contenido de la medida demandada.

Variante D: El foro judicial ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución sólo podrá exigir caución de gastos cuando esa caución sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

6) El inciso ii) del apartado a) del párrafo 2) no será aplicable

Variante X: a una medida cautelar ordenada sin ser notificada a la parte contra la que se haya de aplicar, cuando el plazo durante el cual la medida vaya a aplicarse no exceda de los [treinta] días y siempre que la ejecución de la medida sea solicitada antes de la expiración de dicho plazo.

Variante Y: a una medida cautelar ordenada sin ser notificada a la parte contra la que se haya de aplicar, cuando esa medida haya sido confirmada por el tribunal arbitral tras haber dado, a la parte afectada, la oportunidad de hacer valer sus argumentos al respecto.

Variante Z: si el tribunal arbitral determina, en el ejercicio de su poder discrecional, que, a la luz de las circunstancias a que se hace referencia en el párrafo 2) del artículo 17, la medida cautelar sólo será eficaz si el foro judicial dicta la orden de ejecución sin notificar previamente a la parte contra la que se haya de aplicar."

Observaciones generales

13. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 39º período de sesiones, había adoptado una serie de decisiones respecto del proyecto de artículo 17 bis, concretamente, la de suprimir las palabras "por escrito" que figuraban entre corchetes en el párrafo 1) (A/CN.9/545, párr. 96), así como la de suprimir, en el mismo párrafo 1), las palabras "que satisfaga los requisitos del artículo 17" y de agregar al párrafo 2) un nuevo motivo por el que el foro judicial pudiera denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar (véanse, en el documento A/CN.9/545, el párrafo 102 y también los párrafos 107 a 110). Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo recordó que, en líneas generales, había considerado aceptable el contenido de la nota de pie de página correspondiente al párrafo 1).

14. Se expresó la opinión de que el texto del proyecto de artículo 17 bis era problemático e innecesariamente complejo. Se propuso, por consiguiente, una variante (en adelante denominada "la propuesta de proyecto abreviada") cuyo texto era el siguiente:

"1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante para las partes y [, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa,] será ejecutada al ser demandada ante el foro judicial competente, cualquiera que sea el país en donde haya sido ordenada.

2) El foro competente sólo podrá denegar el reconocimiento [y] [o] la ejecución de una medida cautelar cuando:

a) Al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, el foro constate que:

i) No se ha dado la notificación debida a dicha parte del nombramiento de un árbitro o de la apertura de un procedimiento arbitral;

ii) No se ha dado a la parte afectada por la medida la oportunidad de hacer valer sus argumentos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17;

iii) El tribunal arbitral no estaba facultado para ordenar la medida cautelar.

3) El foro judicial concluya que:

a) La medida cautelar es incompatible con las facultades que la ley le confiere, a menos que reformule la medida cautelar para adaptarla a sus facultades a dicho respecto;

b) El reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar serían actos contrarios al orden público del foro."

15. Se estimó que el texto de la propuesta de artículo abreviada era más claro y que, al mismo tiempo, prevenía el riesgo de que la normativa aplicable al reconocimiento y la ejecución de las medidas cautelares fuera más estricta que la que rigiera el reconocimiento y la ejecución de los laudos por los que se dirimía el fondo de los litigios. Algunas delegaciones apoyaron la propuesta de proyecto abreviada por considerar que era más concisa y que enunciaba reglas específicamente aplicables al reconocimiento y a la ejecución de medidas cautelares, a diferencia del texto del proyecto de artículo 17 bis, en el que se plasmaban esencialmente las disposiciones de la Convención de Nueva York en lo referente al reconocimiento y a la ejecución de los laudos arbitrales.

16. No obstante, se expresaron reservas al criterio general seguido en la propuesta abreviada, pues en la nueva versión se excluían ciertos detalles importantes que figuraban en el proyecto de artículo 17 bis. Se recordó que en el Grupo de Trabajo ya se había convenido en que, dada la diferencia entre las características de las medidas cautelares y las de los laudos definitivos, habría que regular las medidas cautelares de forma diferente a la de los laudos. Se explicó que una de las razones por las que convenía hacer esta distinción era el hecho de que las medidas cautelares, a diferencia del laudo definitivo, eran reformables en el curso de las actuaciones arbitrales. Así pues, al formular las reglas a las que habría de atenerse la

jurisdicción estatal al ejecutar tales medidas, el Grupo de Trabajo había hecho hincapié en que la disposición pusiera de relieve esta distinción, es decir, el carácter temporal de toda medida cautelar. Se objetó asimismo que en la propuesta de proyecto abreviada no se abordaban cuestiones como la de la caución exigible (regulada en el inciso i) del apartado a) del párrafo 2) del proyecto de artículo 17 bis)) ni la de la obligación de informar al foro judicial de toda revocación, suspensión o enmienda que se decretara de una medida cautelar (como se prevé en el párrafo 4) del proyecto de artículo 17 bis).

Párrafo 1)

17. El Grupo de Trabajo señaló que el texto del párrafo 1) del proyecto de artículo 17 bis coincidía sustancialmente con el de la propuesta abreviada, y que debería adoptarse el primero, con las supresiones señaladas en el párrafo 13 *supra*.

Párrafo 2) a)

Apartado a), inciso i)

18. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 39º período de sesiones, se prefirió retener la segunda de las variantes que se proponían para ese proyecto de apartado (A/CN.9/545, párrs. 105 y 106). Se señaló que esa variante 2 reflejaba el propósito del Grupo de Trabajo de alinear mejor los motivos para denegar la ejecución de una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral con los motivos enunciados en los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo y con los motivos previstos por el artículo V de la Convención de Nueva York para denegar la ejecución de un laudo (véase (A/CN.9/WG.II/WP.125, párr. 12, y A/CN.9/524, párr. 57).

19. Se convino en general en que se adoptara la variante 2, dado que en su texto se hacía una remisión directa al artículo 36, mientras que la variante 1 reproducía el contenido del artículo 36 con ligeras modificaciones, lo cual, a juicio de algunas delegaciones, podía ser fuente de ambigüedad y confusión. En cuanto a la redacción, se sugirió que se suprimieran las palabras "dicha denegación" (en la versión inglesa: "*for such refusal*", es decir, "para dicha denegación"), pues existía el riesgo de que se entendieran referidas a los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral definitivo conforme al artículo 36. Las delegaciones consideraron en general que en el texto debería indicarse con mayor claridad que lo que el foro judicial denegaría sería el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar. A fin de disipar esa ambigüedad, se convino en que se suprimiera en la versión inglesa la palabra "*such*" que precede a "*refusal*".

20. Se formularon reservas sobre las palabras "existe una cuestión de fondo" y se sugirió que, en aras de la coherencia y de la claridad, y a fin de que el texto de la variante 2 fuera más acorde con los términos empleados en otras partes del proyecto de párrafo 17 bis, se sustituyeran las palabras "existe una cuestión de fondo suscitada por" por las palabras "dicha denegación está justificada por".

21. Se sugirió que se hiciera referencia a la cuestión de la caución exigible, que se abordaba expresamente en la variante 1 pero se omitía en la variante 2. Se apoyó con vehemencia la opinión de que, cuando el demandante de la medida incumpliera la orden emitida por un tribunal arbitral de prestar caución, ese incumplimiento constituyera un motivo para que el foro judicial denegara la ejecución de la medida

cautelar requerida. Se convino en que se insertara algún texto que reflejara dicha idea en el lugar apropiado del proyecto de artículo 17 bis, posiblemente en su párrafo 5).

Apartado a), inciso ii)

22. El Grupo de Trabajo examinó las variantes 1 y 2 del inciso ii) del apartado a). Se señaló que la variante 1 preveía un requisito, no enunciado en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, por la que el foro judicial podría suspender la ejecución de una medida cautelar hasta que ésta fuera debidamente notificada a las partes. No obstante, en aras de la coherencia del texto de esta disposición con el criterio ya convenido por el Grupo de Trabajo, conforme al cual el marco jurídico para la ejecución de medidas cautelares debería guardar similitud con el marco ya previsto en el artículo 36 de la Ley Modelo para la ejecución de los laudos arbitrales, el Grupo de Trabajo optó por mantener el texto actual de la variante 2 sin modificaciones.

Apartado a) iii)

23. El Grupo de Trabajo convino en que se mantuviera la variante 2 del inciso iii) del apartado a).

24. Dado que el Grupo de Trabajo había decidido que en el apartado a) del párrafo 2 del proyecto de artículo 17 bis se mantuviera la remisión al artículo 36 de la Ley Modelo (concretamente a los incisos i) a iv) del apartado a) del párrafo 1)), se planteó la cuestión de fusionar los tres incisos del apartado a) del párrafo 2) del proyecto de artículo 17 bis. Se convino en que se fusionaran los incisos ii) y iii) del apartado a). Se argumentó que era crucial preservar la facultad del tribunal arbitral para pronunciarse sobre su propia competencia y que el foro estatal o judicial competente no debería poder impedir que un tribunal arbitral se pronunciara sobre su propia competencia en primera instancia. Por esta razón, se sugirió que se mantuviera en su forma actual el texto de la variante 2 del inciso i) del apartado a). En este contexto se puso también de relieve que, cuando el Grupo de Trabajo examinara el párrafo 3) del proyecto de artículo 17 bis, debería tal vez estudiar los diversos motivos para denegar la ejecución de un laudo que prevé el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, a fin de no dar a entender que, cuando un foro judicial deba pronunciarse sobre una demanda de ejecución de una medida cautelar y adopte una decisión al respecto (por ejemplo, cuando decida acerca de si la parte afectada por la medida ha recibido o no la debida notificación del nombramiento del árbitro), la decisión que pronuncie dicho foro podrá ir más allá del ámbito limitado del reconocimiento y la ejecución de la medida que haya sido demandada.

Apartado a), iv)

Distinción entre el inciso iv) y el artículo 36 1) a) v) de la Ley Modelo

25. Se sugirió que se reemplazara el texto del inciso iv) por una remisión al inciso v) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo. Frente a esta sugerencia se argumentó que dicha remisión podría inducir a error, habida cuenta de que estas dos disposiciones tienen finalidades distintas y rigen dos supuestos diferentes. El inciso v) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 de la

Ley Modelo pretendía regular el caso de que un laudo definitivo hubiera sido anulado o fuera objeto de algún tipo de recurso interpuesto con arreglo al derecho interno en el marco del cual dicho laudo hubiera sido pronunciado. En cambio, el inciso iv) reflejaba el carácter efímero de toda medida cautelar, que el propio tribunal arbitral podía suspender o revocar.

Efectos del inciso iv)

26. Una delegación preguntó si el inciso iv) podía tener como consecuencia que el foro judicial pudiera anular una medida cautelar dictada por el tribunal arbitral. Al responder a esta pregunta, se recordó que el Grupo de Trabajo, en su anterior período de sesiones, había decidido suprimir, en el párrafo 1), la referencia general a los requisitos del artículo 17, precisamente para evitar que se creara un motivo suplementario y oculto para denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar (A/CN.9/545, párrs. 101 y 102). Se había convenido en que no debía exigirse ni sugerirse al foro que hubiera de otorgar el exequátur que procediera a examinar de nuevo si la medida cautelar cumplía o no con los requisitos del artículo 17 (ibíd., párr. 99). El Grupo de Trabajo reafirmó esa decisión en el contexto del inciso iv), de cuyo enunciado no habría que deducir que creara un motivo en virtud del cual el foro judicial podía anular la medida cautelar dictada por el tribunal arbitral. Se recordó que la finalidad general del artículo 17 bis era sentar ciertas reglas para el reconocimiento y la ejecución de las medidas cautelares, y no enunciar un régimen paralelo al del artículo 34 de la Ley Modelo, aplicable a la anulación de las medidas cautelares. Se sugirió que tal vez el Grupo de Trabajo debiera examinar más a fondo si una medida cautelar dictada en forma de laudo podía anularse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia.

27. En el contexto de este debate, muchas delegaciones suscribieron la opinión de que el inciso iv) debía ser analizado tanto desde la perspectiva de un país que hubiera incorporado la Ley Modelo a su derecho interno como desde la de un país cuya legislación no se basara en ese modelo. En particular, dado que no existía ningún vínculo directo entre el artículo 17 y el artículo 17 bis, no debería darse a entender que la aplicación del artículo 17 bis en un determinado país presuponía la existencia, en su derecho interno, de una disposición del tenor del artículo 17. En el mismo orden de ideas, se estimó que debería procurarse que no se dedujera del texto que sólo podría reconocerse o ejecutarse una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral cuando dicho tribunal hubiera otorgado la medida ateniéndose a lo dispuesto en la Ley Modelo.

"O por decisión de un foro judicial competente"

28. El Grupo de Trabajo pasó a examinar si era necesario mencionar el supuesto en que una medida cautelar hubiera sido anulada "por un foro judicial competente". Se recordó que el artículo 5 de la Ley Modelo disponía que "en los asuntos que se rijan por la presente Ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga". Por consiguiente, la legislación de los Estados que hayan incorporado la Ley Modelo a su derecho interno no facultará a los tribunales de dicho Estado para examinar la conformidad de una medida cautelar con el artículo 17. Sin embargo, numerosas delegaciones opinaron que en el artículo 17 bis debería regularse el supuesto de que la medida cautelar hubiera sido dictada

conforme a la legislación de un país que no hubiera incorporado la Ley Modelo a su derecho interno, y en que dicha legislación permitiera que el foro competente examinara la medida cautelar dictada por un tribunal arbitral y que, eventualmente, la anulara.

29. Otra consecuencia de esa situación era que los tribunales que actuaran conforme al artículo 17 bis podrían encontrarse con una situación en que se les presentaran medidas cautelares y se les solicitara su ejecución, incluso en el caso de que esas medidas hubieran sido anuladas por un tribunal de otro país. Se convino en general en que, cuando se diera el caso de que la medida cautelar hubiera sido anulada en el país en que hubiera sido dictada, habría que permitir que el foro judicial competente de todo Estado que adoptara la Ley Modelo, pudiera denegar el reconocimiento y la ejecución de la medida cautelar. Se convino asimismo en que, dado que en el artículo 17 bis se hacía una enumeración exhaustiva de los motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar, habría que abordar en dicho artículo la eventualidad mencionada.

30. Se formularon diversas sugerencias sobre los posibles modos de regular ese supuesto. Concretamente se sugirió que se enmendara el inciso iv) del apartado a) de forma que no se especificara el órgano que hubiera revocado o suspendido la medida cautelar. Conforme a esta sugerencia, el enunciado del inciso iv) diría simplemente: "La medida cautelar ha sido revocada o suspendida". No obstante, se argumentó que si no se especificaba el órgano que hubiera adoptado tal decisión, podría propiciarse que las partes afectadas recurrieran a la práctica de buscar el foro más conveniente.

31. Según otra sugerencia, basada en la versión abreviada que se había propuesto como variante del texto examinado, se propuso que se suprimiera totalmente el inciso iv). Esta sugerencia se fundamentó en que no era necesario regular expresamente la suspensión o revocación de una medida cautelar por un tribunal arbitral, pues no podía invocarse ningún motivo para que se reconociera y ejecutara tal medida, y tampoco era necesario regular de forma específica la anulación de la medida cautelar por un tribunal competente, dado que tal anulación se regiría por las norma aplicable del derecho procesal del país. Esta sugerencia no recibió apoyo.

32. Por otra parte, se sugirió que se enmendara el inciso iv) con palabras del siguiente tenor:

> "iv) La medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, caso de que esté facultado para hacerlo, por un foro judicial del país en donde, o conforme a cuyo derecho, dicha medida se otorgó".

33. Si bien se expresaron algunas dudas sobre el modo en que ese texto sugerido se aplicaría en la práctica, se consideró en general que la propuesta podría servir para reanudar ulteriormente las deliberaciones al respecto. Se observó que tal vez convendría sustituir las palabras "o conforme a cuyo derecho, dicha medida se otorgó" por una remisión al derecho interno del país en donde tuviera su sede el tribunal arbitral.

Propuestas de insertar algunas disposiciones suplementarias en el párrafo 2) a)

Medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral no facultado para hacerlo

34. En su anterior período de sesiones, el Grupo de Trabajo había tomado nota de una propuesta en virtud de la cual el foro judicial pudiera negarse a reconocer o ejecutar una medida cautelar en todo supuesto en el que el tribunal arbitral tuviera prohibido dictar medidas cautelares, ya fuera por estipulación explícita de las partes o en virtud del derecho interno del país en donde tuvieran lugar las actuaciones arbitrales (véase A/CN.9/545, párr. 107). En el actual período de sesiones se apoyó la idea de incluir en el proyecto de artículo este motivo adicional de denegación. Se examinó también, desde esta perspectiva, la propuesta de proyecto abreviada. En apoyo de esta versión más breve se subrayó que también era necesario agregarle el motivo de denegación suplementario, debido a que en esa propuesta abreviada se había omitido, en el párrafo 1), la remisión a los requisitos del artículo 17. Se sostuvo también que la cuestión no quedaba suficientemente resuelta con la referencia al inciso iv) del apartado a) del párrafo 1 del artículo 36 de la Ley Modelo, que regulaba cuestiones procesales, y no la *lex arbitri*. Esta propuesta suscitó reparos por considerarse que podía dar pie a que el foro judicial pasara a examinar el fondo del litigio. Se prefirió no incluir en el texto el motivo suplementario propuesto, dado que las delegaciones consideraron que esta cuestión ya quedaba suficientemente resuelta con la referencia al apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 y con la elección de la variante 2 de cada uno de los incisos i), ii) y iii) del apartado a).

Inmunidad jurisdiccional de los Estados

35. Se formuló la propuesta de insertar en el texto una disposición sobre el tema de la inmunidad jurisdiccional de todo Estado soberano y de los bienes públicos, conforme a una sugerencia hecha durante el anterior período de sesiones en el contexto del examen del artículo 17 (véase A/CN.9/545, párr. 51). Se observó que tal vez sería más conveniente analizar este tema en un contexto más amplio, por ejemplo, en el marco de alguna tarea futura asignable a la CNUDMI, pero que no debería debatirse en el ámbito restringido de las medidas cautelares.

Párrafo 2) b)

Apartado b) i)

36. El Grupo de Trabajo consideró que el contenido del inciso i) del apartado b) era en general aceptable.

Apartado b) ii)

37. El Grupo de Trabajo procedió a analizar las dos variantes del inciso ii) del apartado b). Predominó la opinión de que debería optarse por la variante 2, puesto que era coherente con el enfoque adoptado en el apartado a) del párrafo 2). Se señaló que el enunciado de la variante 1 difería ligeramente del texto del inciso ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, lo cual podría dificultar su interpretación. Por ejemplo, el inciso ii) del apartado b) hace referencia al "orden público reconocido por el tribunal", mientras que en el inciso ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo se hace referencia al

"orden público de ese Estado". Se dijo que era preferible referirse al orden público de un Estado que al orden público reconocido por un tribunal, habida cuenta de que esa última variante podría dar a entender que se otorgaban facultades excesivas al tribunal.

38. Se planteó la cuestión de si debería hacerse referencia a los incisos i) y ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, o si las cuestiones reguladas en esas dos disposiciones (la arbitrabilidad de una controversia y el orden público de la ley del foro) deberían ser tratadas por separado en el artículo 17 bis.

39. Se sugirió que se suprimiera, en el inciso ii) del párrafo b), la remisión al apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo. Se observó, en apoyo de esa sugerencia, que, cuando se solicite la ejecución de una medida cautelar, el tribunal tal vez aún no disponga de todos los elementos requeridos para determinar el fondo de la controversia. Por lo tanto, tal vez no proceda facultar al tribunal para decidir, en esa etapa del proceso, sobre si la controversia puede ser dirimida por arbitraje. Sin embargo, se señaló que, cuando se hubiera podido determinar claramente que el objeto de la controversia no era dirimible por arbitraje con arreglo a la ley del foro ejecutor, no sería procedente que dicho foro diera curso ejecutorio, en ese contexto, a una medida cautelar. Por consiguiente, se propuso que, en vez de eliminar dicha remisión al inciso i) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, se revisara la variante 2 alineando su texto con el del inciso i) del apartado a) del párrafo 2, que decía: "Existe una cuestión de fondo suscitada por alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36".

40. Se expresó la opinión de que las reservas formuladas respecto de la determinación de si la controversia es susceptible de arbitraje en el momento de la ejecución ya se habían tenido en cuenta en el párrafo 3), el cual garantiza que toda decisión que adopte un tribunal para ejecutar una medida cautelar será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar.

41. Tras un debate, el Grupo de Trabajo aprobó el texto de la variante 2 sin modificaciones, a reserva de que, el Grupo de Trabajo volviese a examinar los términos empleados en la remisión que se hacía en los apartados a) y b) del párrafo 2) a los apartados a) y b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, una vez concluido su examen del artículo 17 bis.

42. Al término del debate, el Grupo de Trabajo tomó nota de la opinión de que, en cualquier caso, no debería entenderse que la remisión que se hacía, en el inciso ii), al inciso i) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, obligaba al tribunal a recabar información sobre el objeto de la controversia para determinar si ésta era susceptible de arbitraje.

43. Se observó que, en el párrafo 2), el Grupo de Trabajo había mantenido la remisión que se hace a la regla enunciada en el párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, que en dicho artículo está referida al laudo en cuanto tal. Habida cuenta de que el Grupo de Trabajo había adoptado la decisión de no definir la forma en que debía dictarse una medida cautelar, se sugirió que se aclarase que, en el párrafo 1) del artículo 36, por "laudo" se había de entender también todo tipo de medida cautelar, sin restricción implícita alguna de que los motivos enunciados en el

párrafo 1) del artículo 36 serán únicamente aplicables a las medidas cautelares dictadas en forma de laudo.

44. Se dijo que, al preparar un proyecto revisado para que el Grupo de Trabajo volviese a ocuparse de la cuestión, la Secretaría debería tratar de redactar un texto refundido en términos acordes con los empleados en el texto de la Ley Modelo. Se sugirió, por ejemplo, que en la frase "las facultades que las leyes del país confieren al tribunal", que figuraba en el inciso i) del apartado b) del párrafo 2), la referencia a "las leyes del país" se sustituyera por las palabras "la ley del foro" o "las normas procesales".

Posibles motivos suplementarios para denegar el reconocimiento o la ejecución

45. El Grupo de Trabajo consideró la posibilidad de si se deberían agregar al párrafo 2) otros motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar. El Grupo de Trabajo recordó la sugerencia de que, cuando una parte incumpliera la orden dictada por un tribunal arbitral de prestar caución, ese incumplimiento constituyera un motivo para que el tribunal denegara la ejecución de la medida cautelar (véase párr. 21 *supra*). Dicha opinión fue apoyada con vehemencia. Se recordó que las consecuencias del incumplimiento de una orden de prestar caución deberían reflejarse en las partes pertinentes del texto del proyecto del artículo 17 bis.

46. En contra de que se incorpore el incumplimiento de una orden de prestar caución a la lista del párrafo 2), a título de nuevo motivo de denegación, se dijo que el párrafo 4) del artículo 17 de la Ley Modelo bastaba para asegurar que, si un tribunal arbitral decidía exigir caución del demandante de una medida cautelar, dicha condición sería interpretada como una condición suspensiva respecto del otorgamiento de la medida.

47. Se señaló que esta interpretación del párrafo 4) del proyecto de artículo 17 era incompatible con el criterio práctico que un tribunal arbitral pudiera adoptar al dictar una medida cautelar. Se observó que si bien podría ser preciso que una medida cautelar surtiera efecto inmediato, el tribunal arbitral, al ordenar que se prestara caución, podría conceder un plazo al demandante de la medida para darle margen para constituir la caución. Para tener en cuenta esa realidad práctica, se sugirió que, en el párrafo 4) del nuevo artículo 17, se exigiera la caución a título de condición resolutoria, y no meramente a título de condición suspensiva.

48. Se sostuvo que, cuando se hubiese otorgado la medida cautelar, pero no se hubiese prestado la caución exigida por el tribunal arbitral, el texto actual del párrafo 2) del artículo 17 no permitía al tribunal denegar el reconocimiento y la ejecución de la medida. Se sugirió que esta cuestión se regulase tanto en el párrafo 4) del nuevo artículo 17 como en el párrafo 2) del nuevo artículo 17 bis, puesto que los tribunales nacionales tal vez aplicaran independientemente uno u otro artículo.

Párrafo 3)

49. El Grupo de Trabajo consideró que el contenido del párrafo 3) era, en general, aceptable.

50. Se sugirió que la variante C del párrafo 5), en la que se establece el importante principio de que el tribunal al que se solicite la ejecución de la medida cautelar no debe entrar a examinar la razón de ser o el fundamento de dicha medida, debería figurar en el párrafo 3). El Grupo de Trabajo convino en reconsiderar dicha sugerencia cuando examinara el párrafo 5).

Párrafo 4)

51. Se recordó que el párrafo 4) se inspiraba en el principio de que debería obligarse a toda parte que solicitara la ejecución de una medida cautelar a informar al foro judicial de toda revocación, suspensión o modificación de dicha medida que decretara el tribunal arbitral. Se recordó que el Grupo de Trabajo había apoyado ampliamente ese principio en su 38° período de sesiones (A/CN.9/524, párrs. 35 a 39).

52. La pertinencia de dicho párrafo fue puesta en tela de juicio. Se señaló que si la medida cautelar se suspendía o se revocaba, el procedimiento de ejecución en sí carecería entonces de todo sentido. Se sugirió que, en vez de obligar a la parte que hubiera solicitado u obtenido una medida cautelar a informar al foro judicial de toda revocación, suspensión o modificación de dicha medida, sería preferible solicitar al foro competente que no ejecutara la medida cautelar. Dicha sugerencia no recibió apoyo alguno.

53. El Grupo de Trabajo consideró aceptable en líneas generales el contenido del párrafo 4). En cuanto a la redacción se observó que había una diferencia entre los términos empleados en el párrafo 4), en el que se hace referencia a la "revocación, suspensión o enmienda", y los términos utilizados anteriormente en el inciso iv) del apartado a) del párrafo 2), en el que se menciona solamente la revocación o la suspensión. Se sugirió que se revisara el proyecto de disposición para dar una mayor coherencia a todo el texto. También se sugirió que la omisión, en el párrafo 4), del término "reconocimiento" no parecía concordar con los términos utilizados en las demás disposiciones del texto. El Grupo de Trabajo convino en que se volviera a tratar estas cuestiones de redacción en la etapa final de la preparación del proyecto de artículo 17 bis.

Párrafo 5)

54. El Grupo de Trabajo recordó que el párrafo 5) aborda la importante cuestión de si un tribunal al que se solicite la ejecución de una medida cautelar debería estar facultado para exigir una caución del demandante de la medida, y en qué medida podría hacerlo. Esa disposición fue debatida en el Grupo de Trabajo en su 38° período de sesiones (A/CN.9/524, párrs. 72 a 75). Se recordó asimismo que las cuatro variantes (A a D) reflejaban las diferentes opiniones expresadas al respecto en el 38° período de sesiones del Grupo de Trabajo.

Variantes A y B

55. Se opinó que la variante B y el segundo texto entre corchetes de la variante A parecían permitir que un tribunal conjeturase acerca de los motivos que tuvo un tribunal arbitral para exigir del demandante una caución. Por esas razones, era preferible la variante A y el primer texto entre corchetes ("salvo que el tribunal arbitral haya exigido ya dicha caución"). Esta opinión recibió un amplio apoyo.

56. Se expresó, como principio general, que un tribunal no debería estar facultado para revisar en cuanto al fondo la decisión de un tribunal arbitral de que se exija caución para otorgar una medida cautelar. Sin embargo, se observó que, en su forma actual, el primer texto entre corchetes se prestaba a ser entendido en el sentido de que aun cuando el tribunal arbitral no hubiese considerado apropiado ordenar que se prestara caución, el tribunal judicial aún podría decidir lo contrario. Se señaló que si el Grupo de Trabajo descartaba totalmente la posibilidad de que un tribunal judicial pudiera reconsiderar la decisión de un tribunal arbitral de ordenar o no que se preste caución, habría que aclarar los términos empleados en la variante A. A tales efectos, se sugirió que la expresión "una orden" fuese reemplazada por la expresión "una determinación" para hacer hincapié en que el tribunal judicial no debería hacer conjeturas sobre los motivos por los que el tribunal arbitral hubiera decidido o no que se prestara caución. Dicha sugerencia fue aprobada.

57. Se sugirió que no debería descartarse totalmente la posibilidad de que un tribunal revisase de oficio la conveniencia de ordenar que se prestara caución. A ese respecto, se observó que era preferible el enfoque adoptado en el segundo texto entre corchetes de la variante A, que permitía que el tribunal judicial ordenase el pago de una caución para cubrir gastos si determinase que la orden del tribunal arbitral era inapropiada o insuficiente en las circunstancias del caso. Se dijo que la atribución de esa facultad a los tribunales facilitaría, de hecho, la ejecución de las medidas cautelares y también les ofrecería una oportunidad adicional de tener en cuenta los intereses de terceros al decidir si debe exigirse caución. En cambio, otras delegaciones propugnaron que, el texto debería aclarar que la orden de prestar caución debería adoptarse a instancia de la parte "contra la que se fuera a aplicar la medida" o a instancia de la parte contra la que la medida fuera dirigida o que se viera afectada por ella". Tras un debate, el Grupo de Trabajo no aprobó esas sugerencias.

"Caución para responder por los gastos"

58. Se convino en que la expresión "caución para responder por los gastos" era muy restrictiva y, conforme al criterio seguido en el proyecto de artículo 17, debería ser substituida por términos como "caución" o "caución adecuada", como figura en el párrafo 4) del proyecto de artículo 17.

"La otra parte"

59. Se indicó que el texto del párrafo 5) creaba incertidumbre sobre cuál era la parte que se denominaba "la otra parte". Se explicó que, en ciertas situaciones de arbitraje multilateral, la parte a la que se ordene que preste caución puede no ser la parte que solicitó la medida cautelar. No obstante, habida cuenta de que, en la mayoría de los casos, la parte a la que se ordene prestar caución será la parte que solicite la medida cautelar, el texto debería referirse más explícitamente a la parte

requirente. Se propuso que la expresión "la otra parte" fuese reemplazada por la expresión "la parte requirente". Tras un debate, el Grupo de Trabajo aprobó dicha propuesta.

Variante C

60. Se afirmó que la variante C se basaba en la premisa general de que los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar deberían limitarse a cuestiones procesales y excluir la posibilidad de que el tribunal emprendiera un nuevo examen del fondo de la medida. Se sugirió que la variante C no se limitara a tratar solamente la cuestión de la caución para responder por los gastos y que, por lo tanto, debería figurar como artículo aparte (véase el párrafo 51, *supra*). Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que el tenor de la variante C debería insertarse en el párrafo 3) como segunda frase.

Variante D

61. Se expresó la opinión de que la variante D, al estar limitada a las órdenes necesarias para proteger los derechos de terceros, tenía un alcance demasiado restringido. Se sugirió que las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral fueran sólo vinculantes para las partes en el procedimiento arbitral, mientras que la decisión de un foro judicial podría tener un mayor alcance y ser aplicable a terceros. Se sugirió que en la variante D se tratara una importante cuestión de la protección de terceros, que quizá podría incorporarse a la variante A. Se convino en que la Secretaría estudiara cuál sería la ubicación adecuada para reflejar el principio enunciado en la variante D.

Párrafo 6)

62. El Grupo de Trabajo recordó que, dado el perjuicio eventual que una medida *ex parte*, sin escuchar a la parte afectada por la medida, pudiera causar a la parte objeto de la misma, sólo sería aceptable facultar al tribunal arbitral para dictar esa orden si se imponían condiciones muy estrictas para evitar que se abusara de tal facultad (A/CN.9/523, párr.17).

63. Ante la objeción expresada se propuso que se enmendara el párrafo 6) del modo siguiente:

> "No se denegará la ejecución de una medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral conforme al inciso ii) del apartado a) del párrafo 2) y ateniéndose a normas sustancialmente similares a las enunciadas en el párrafo 7) del artículo 17 por el mero hecho de tratarse de una medida *ex parte*, siempre y cuando toda decisión judicial de ejecución de dicha medida se adopte dentro de un plazo de 20 (veinte) días a partir de la fecha en que el tribunal arbitral haya otorgado la medida".

64. Se explicó que se propuso la expresión "sustancialmente similares" para tener en cuenta las ligeras variaciones que los países pudieran introducir al adoptar legislación basada en la Ley Modelo. Se puso de relieve que el plazo de 20 días que preveía este proyecto se refería a la adopción de acciones judiciales de ejecución de la medida después de que el tribunal arbitral la hubiese otorgado, y no, como se

propuso en la variante X del actual proyecto, al plazo de que disponía una parte para solicitar al tribunal la ejecución de una medida cautelar.

65. Entre las variantes sometidas al examen del Grupo de Trabajo en el presente proyecto, se prefirió la variante X. También se apoyó la propuesta enmendada. El Grupo de Trabajo consideró de vital importancia las referencias a las salvaguardias establecidas en el artículo 17.

66. Habida cuenta de la naturaleza temporal de toda medida cautelar *ex parte*, que expiraría al transcurrir el plazo de 20 días, o que se transformaría en una medida confirmada tras oír a ambas partes (*inter partes*), se puso en tela de juicio la necesidad de mantener las disposiciones específicas relativas a la ejecución de medidas *ex parte* que figuran en el proyecto.

67. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que las deliberaciones respecto del párrafo 6) se reanudarían sobre la base de la propuesta revisada del proyecto, que se colocaría entre corchetes, una vez concluido el examen del proyecto de artículo 17.

IV. Proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional relativo a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares

Observaciones generales

68. Tras haber completado su examen del proyecto de artículo 17 bis, el Grupo de Trabajo pasó a examinar el nuevo proyecto revisado del artículo 17 de la Ley Modelo relativo a las facultades de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.128, redactado en los siguientes términos:

> "1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.
>
> 2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:
>
> a) Mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se dirima la controversia;
>
> b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente lo ocasionarían;
>
> c) Ofrezca alguna vía [preliminar] para [constituir en caución] [preservar] ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
>
> d) Preserve ciertas pruebas que pudieran ser de interés o de importancia para resolver la controversia.

3) El demandante de la medida cautelar deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que:

a) De no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca [un daño irreparable] mucho más grave que el que podría sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

b) Exista una posibilidad razonable de que la demanda presentada por el demandante de la medida prospere sobre el fondo del litigio, siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno las determinaciones subsiguientes a que pueda llegar dicho tribunal.

4) El tribunal arbitral podrá ordenar al demandante, o a toda otra parte, que deposite la caución que estime oportuna como requisito para otorgar la medida cautelar requerida.

5) El demandante deberá informar con prontitud al tribunal arbitral de todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que se solicitara la medida cautelar o que el tribunal arbitral la otorgara. De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte.

6) El tribunal arbitral podrá, en todo momento, modificar, suspender o levantar toda medida cautelar [que haya otorgado] cuando lo solicite una de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación de las partes.

[6 bis) El demandante será responsable de todo gasto, daño o perjuicio que ocasione la medida cautelar a la parte contra la que sea aplicable, desde la fecha en que se otorgó y hasta que se levante la medida [en la cuantía que proceda, habida cuenta de todas las circunstancias del caso y en función de lo que disponga el laudo que dirima el fondo del litigio]. El tribunal arbitral podrá ordenar la indemnización inmediata de todo daño ocasionado.]

7) a) [Salvo acuerdo en contrario de las partes] [Si las partes lo acuerdan expresamente], el tribunal arbitral podrá [, en supuestos excepcionales,] otorgar una medida cautelar sin notificar a la parte contra la que se otorgue la medida, [si] [cuando el demandante demuestre que]:

i) Dicha medida es urgente;

ii) [Se dan los requisitos enunciados en el párrafo 3]; y

iii) [[El demandante demuestre que] [El demandante aporte al tribunal arbitral pruebas convincentes de que]] es necesario obrar así a fin de que el objetivo de la medida no se vea frustrado antes de haber sido otorgada.

b) El demandante será responsable de todo gasto, daño o perjuicio que ocasione a la parte afectada por la medida cautelar a partir de la fecha de su otorgamiento y hasta que se levante [en la cuantía que proceda, habida cuenta de todas las circunstancias del caso y en función de lo que disponga el laudo que dirima el fondo del litigio]. El tribunal arbitral podrá ordenar la indemnización inmediata de los daños y perjuicios causados.

c) El tribunal arbitral deberá exigir del demandante, o de toda otra parte, que preste la debida caución como condición para que sea otorgada la medida cautelar requerida.

d) *Variante 1:* El tribunal arbitral será competente, entre otras cosas, para pronunciarse [, en cualquier momento del procedimiento de arbitraje,] sobre toda cuestión suscitada por el anterior apartado b) [por los anteriores apartados b] y c]] o con ella relacionada.];

Variante 2: Toda parte podrá presentar, en cualquier momento del procedimiento de arbitraje, una demanda que tenga por fundamento lo dispuesto en el apartado b).

e) *Variante A:* Deberá darse, a la parte afectada por la medida cautelar, notificación inmediata de la medida otorgada, así como la oportunidad de hacer valer sus argumentos ante el tribunal arbitral a la mayor brevedad posible y, en cualquier caso, en un plazo de [cuarenta y ocho] horas a partir de la notificación, o en todo otro momento o fecha que sea adecuado en las circunstancias del caso.

Variante B: Toda parte afectada por una medida cautelar otorgada conforme a lo previsto en el presente párrafo será notificada inmediatamente de la medida y le será dada la oportunidad de hacer valer sus argumentos ante el tribunal arbitral en un plazo de [cuarenta y ocho] horas a partir de la notificación, o en todo otro momento o fecha que se estime oportuna en las circunstancias del caso.

f) Toda medida ordenada con arreglo a lo previsto en el presente párrafo expirará al término de un plazo de veinte días a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya otorgado, a menos que dicho tribunal la confirme, prorrogue o modifique [, a instancia del demandante y] una vez que se haya notificado la medida a la parte por ella afectada y que ésta haya tenido la oportunidad de hacer valer sus argumentos. Deberá darse traslado a la otra parte de toda declaración, documento y demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral.

g) Toda parte que solicite que una medida cautelar sea otorgada con arreglo al presente párrafo deberá [informar al tribunal arbitral de] [presentar al tribunal arbitral información sobre] toda circunstancia que el tribunal arbitral pueda estimar del caso o de interés para determinar [si se cumplen los requisitos enunciados en el presente párrafo] [si procede otorgar la medida demandada].”

Párrafo 1)

69. El Grupo de Trabajo estimó que el contenido del párrafo 1) era en general aceptable.

Párrafo 2)

Texto del encabezamiento “en forma o no de laudo”

70. Se sugirió que se suprimiera la frase “otorgada en forma o no de laudo”. Se dijo que en muchos ordenamientos, no se otorgaría jamás una medida cautelar en

forma de laudo, al ser lo más probable que se dictara en forma de una providencia. Se dijo también que hablar del laudo como único ejemplo explícito de la forma que podría adoptar dicha medida podría dar la falsa impresión de que el laudo era la forma más indicada para otorgarla. Se dijo además que la inserción del término "laudo" en la definición de una medida cautelar resultaría improcedente en todos aquellos ordenamientos que definieran el laudo como una decisión de un tribunal arbitral sobre el fondo de la controversia. Se sugirió, asimismo, que suprimir dicha frase del apartado b) del párrafo 2) no restaría efectividad alguna a la disposición en él enunciada. Se sugirió, por ello, suprimir dicha frase y sustituirla por términos más neutros, como "con independencia de la denominación y la forma de la medida otorgada".

71. Se dijo en sentido contrario que convendría mantener dicha frase, dado que en algunos ordenamientos existía el requisito de que la medida cautelar no fuera reconocida ni aplicada, de no haber sido dictada en forma de laudo. Se dijo, además, que se había formulado la frase en términos lo bastante latos para que englobara toda medida cautelar, con independencia de la denominación que se le diera. Se adujo como argumentos a favor de retener dicha frase, el de que su texto había sido tomado del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, así como el de que el lenguaje utilizado era lo bastante neutro para reflejar la intención del Grupo de Trabajo de que no se expresara preferencia alguna respecto de la forma en que convendría dictar una medida cautelar.

72. El Grupo de Trabajo recordó que dicho texto había sido ya examinado en su 35º período de sesiones en 2002 (véase A/CN.9/508, párrs. 65 a 68) y en su 36º período de sesiones en 2003 (véase A/CN.9/523, párr. 36) y que había sido en general aceptado. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió no modificar el encabezamiento del párrafo 2). En el marco de dicha discusión, se sugirió que todo texto explicativo que se preparara más adelante, tal vez en forma de una guía para la promulgación del proyecto de artículo 17, indicara claramente que el lenguaje utilizado, al hablar de la forma que podría adoptar una medida cautelar, no debía ser entendido como expresando parecer alguno respecto del punto controvertido de si se había o no de ordenar una medida cautelar en forma de laudo para que pudiera ser objeto de ejecución judicial con arreglo a lo dispuesto en la Convención de Nueva York.

Apartado c)

[preliminar]

73. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera el término "preliminar" por razón de que resultaba confuso y no añadía nada al significado de la disposición.

[Garantizar] [preservar]

74. El Grupo de Trabajo expresó su preferencia por que se retuviera el término "preservar", en vez de "constituir en caución", dado que este último término podría ser entendido como referido a algún método particular de proteger los bienes. Se convino en suprimir el término "garantizar" y en retener "preservar".

Interdicción de toda otra actuación procesal

75. Se planteó la cuestión de si el texto actual del párrafo 2) del artículo 17 se prestaba a ser interpretado como referido igualmente a la facultad de un tribunal arbitral para emitir una orden por la que se prohibiera toda otra actuación procesal (es decir, una medida cautelar por la que el tribunal arbitral conminara a las partes a no entablar ninguna actuación judicial o ningún otro procedimiento arbitral separado). Dado que el párrafo 2 del artículo 17 enunciaba una lista general exhaustiva de las medidas cautelares (véase A/CN.9/545, párr. 21), se sugirió que el Grupo de Trabajo aclarara si deseaba que esa lista englobara dicha interdicción arbitral de toda otra actuación procesal.

76. Como cuestión de política legislativa general, se formularon reservas contra la eventualidad de que el artículo17 facultara directa o indirectamente al tribunal arbitral para imponer interdictos de toda otra actuación procesal. Se dijo que este tipo de medida conminatoria era muy poco frecuente en la práctica judicial internacional, además de ser desconocida en algunos ordenamientos y de ser contraria al derecho interno de algunos países, por contravenir al derecho constitucional básico de toda parte en un litigio de acudir a los tribunales. Se dijo además que la formulación de una regla que previera la imposición de dicha medida no estaría exenta de peligros, como el de que su texto entrara en demasiados detalles. Pese a la finalidad expresa del Grupo de Trabajo de obrar en aras de la armonización del régimen jurídico internacional del arbitraje, había un riesgo inherente en respaldar el recurso a una práctica procesal que no estaba aún consagrada. Se dijo que la inclusión de dicha disposición pondría en peligro las probabilidades de que la Ley Modelo fuera aplicada, así como su aceptabilidad general, particularmente en aquellos países que no habían reconocido medida conminatoria alguna de esta índole. Desde una perspectiva distinta, se observó que si la paralización cautelar de cualquier otra actuación procesal fuera a adquirir mayor importancia en el arbitraje internacional, dicha práctica merecía ser objeto de cuidadoso estudio, previéndose incluso la posibilidad de que se examinara la preparación de un régimen independiente de la CNUDMI para las medidas cautelares de esa índole, pero que no procedía ocuparse de ella, en términos indirectos e incompletos, en el marco de una disposición modelo relativa a las medidas cautelares, en donde no cabría abordarla debidamente y pudiera dar lugar a la impresión errónea de que dichos interdictos de toda otra actuación procesal pudieran constituir una subcategoría de las medidas cautelares definidas en el proyecto de artículo 17.

77. Se dijo, a favor de que el proyecto de artículo 17 previera la categoría de los interdictos de toda otra actuación procesal, que ese tipo de interdicto era cada vez más frecuente y cumplía una función importante en el comercio internacional. Se sugirió que el hecho de que algunos ordenamientos no se hubieran familiarizado aún con esta categoría de interdictos constituía un argumento a favor de que la Ley Modelo los abordara, a fin de favorecer la modernización y armonización de la práctica judicial y arbitral al respecto. Se dijo que, pese al hecho de que el derecho interno de algunos países no reconociera dichos interdictos existían claros indicios de que los tribunales arbitrales que actuaban en dichos países contemplaban cada vez más la conveniencia de pronunciar interdictos de esa índole. Se dijo además que el interdicto de toda otra actuación procesal tenía por objeto amparar el curso normal del procedimiento arbitral, por lo que dichos tribunales tenían un interés

legítimo en poder pronunciarlo. Se observó que no debía interpretarse la imposición de un interdicto de toda otra actuación procesal como una medida destinada a impedir el recurso eventual de alguna parte en el litigio ante el foro judicial competente del lugar del arbitraje para obtener un pronunciamiento judicial sobre la validez del acuerdo de arbitraje que se hubiera invocado. Se observó también que, a fin de responder a las inquietudes acerca de la aceptabilidad general de los interdictos de toda otra actuación procesal, cabría ofrecer salvaguardias adecuadas al respecto en otras disposiciones de la Ley Modelo, por ejemplo, al tratar de la índole de los motivos invocables para denegar el reconocimiento y la ejecución de una providencia arbitral, particularmente al hacer remisión a la normativa por la que se rijan las facultades conferidas por el artículo 17 bis 2) b) i) al foro judicial, o al remitir en el proyecto de artículo 17 bis 2) b) ii) a los principios de orden público interno de la ley aplicable.

78. Se dijo que el Grupo de Trabajo había expresado, en anteriores períodos de sesiones, cierta preferencia por no desautorizar, en el proyecto de artículo 17, los interdictos de toda otra actuación procesal. Se sugirió que, aun cuando no se insertara en el párrafo 2) b) ninguna referencia expresa a la facultad de dictar dichos interdictos, esa facultad estaría no obstante implícita en su texto, particularmente en todo supuesto en el que se fuera a aplicar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Se dijo que el lenguaje del párrafo 2) a) del proyecto de artículo 17 era a la vez flexible y genérico, por lo que era probablemente lo bastante lato para dar entrada a los interdictos de toda otra actuación procesal. Se dijo que esa interpretación se había visto reforzada al suprimirse del proyecto de artículo 17, en un anterior período de sesiones, el requisito de que la medida cautelar guardara relación con el objeto de la controversia (que figuraba en la versión original del artículo 17 de la Ley Modelo). Se observó que el requisito de que la medida cautelar había de estar vinculada al objeto de la controversia figuraba asimismo en el texto del artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y que dicho requisito había sido interpretado por algunas jurisdicciones como limitativo de la disponibilidad del interdicto de toda otra actuación procesal. Ahora bien, ciertas delegaciones recordaron que dicha vinculación de las medidas cautelares al "objeto de la controversia" no había impedido, sin embargo, la imposición por ciertos tribunales arbitrales de interdictos de toda otra actuación procesal, en el marco del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

79. En aras de la claridad, se sugirió que el texto del párrafo 2) facultara al tribunal arbitral para dictar interdictos de toda otra actuación procesal. Se formularon diversas propuestas sobre la manera de prever expresamente en el texto del proyecto de artículo 17 la imposición por un tribunal arbitral de un interdicto de toda otra actuación procesal. Una de ellas sugería la inserción de un texto que expresamente facultara al tribunal arbitral para imponer dicho interdicto, junto con una nota explicativa que dijera que dicha regla sería únicamente aplicable en la medida en que el interdicto dictado fuera admisible en el marco del derecho procesal interno del país interesado. Ahora bien, se observó que un inconveniente de dicha propuesta era que, en aquellos países que no adoptaran dicho texto explícito, cabía interpretar el texto actual del párrafo 2) como enunciando una interdicción implícita de los interdictos de toda otra actuación procesal.

80. Otra sugerencia fue la de resolver la cuestión de los interdictos de toda otra actuación procesal insertando al final del apartado b) del párrafo 2) del proyecto de

artículo 17, un texto que dijera "o que agraven sensiblemente la controversia entre las partes". Se dijo que dicha fórmula estaba ya reconocida en algunas jurisdicciones y había sido utilizada en algunos arbitrajes internacionales, particularmente en arbitrajes sustanciados con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

81. También se sugirió insertar al final del apartado b) del párrafo 2) del artículo 17 el texto "o que puedan causar algún perjuicio al procedimiento arbitral en curso". Se dijo que con la inserción de dicho texto se aclararía, sin dejar lugar alguno a dudas, el entendimiento expresado por cierto número de delegaciones de que la frase "llevar a cabo ciertos actos que probablemente (ocasionarían algún daño actual o inminente)", del texto actual del apartado b) del párrafo 2), facultaba ya al tribunal arbitral para imponer un interdicto de toda otra actuación procesal.

82. Se expresó el parecer de que el debate sobre la admisibilidad del interdicto de toda otra actuación procesal se había desarrollado en gran parte sobre el entendimiento de que se recurriría a dicho interdicto para impedir que alguna de las partes entablara una acción ante un tribunal judicial. No obstante, en algunos casos, se utilizaban dichos interdictos para impedir que alguna de las partes presentara alguna demanda ante otro tribunal arbitral. Se sugirió que el texto que se formulara se prestara claramente a englobar ambos supuestos.

83. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que se reformulara el texto del apartado b) del párrafo 2) en términos como los siguientes: "adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente lo ocasionarían, o que pudieran perjudicar a la buena marcha del procedimiento arbitral en curso". Ahora bien, dado que el Grupo de Trabajo no había examinado a fondo las posibles interpretaciones del texto sugerido, se convino en que se colocara dicho texto entre corchetes para ser examinado en algún período de sesiones ulterior.

Párrafo 3)

Apartado a) – "Daño irreparable"

84. Se expresaron reservas acerca de la utilización de las palabras "daño irreparable" en el apartado a). El Grupo de Trabajo recordó que ya había examinado la expresión en sus períodos de sesiones 35º (A/CN.9/508, para. 56) y 39º (A/CN.9/545, para. 29).

85. Se sostuvo que "irreparable" no era un término usual en todos los ordenamientos jurídicos y que se prestaba a interpretaciones divergentes, por lo que debería suprimirse. Se sugirió que se sustituyera "irreparable" por "sustancial". Se argumentó que la expresión "daño sustancial" propiciaría un mayor equilibrio entre el daño sufrido por el demandante de la medida cautelar, en caso de no ser otorgada, y el daño que sufriría la parte opuesta a la medida en caso de que ésta fuera otorgada.

86. No obstante, las delegaciones apoyaron con firmeza que se mantuviera la referencia a "daño irreparable". Se sostuvo que el apartado a) del párrafo 3) se había concebido con la finalidad de regular un determinado tipo de daño que se produjera cuando, incluso en una fase preliminar en la que el tribunal no tuviera conocimiento de todos los hechos, pudiera demostrarse que era preciso proteger al demandante de

todo daño que no pudiera subsanarse mediante una indemnización. En cambio, la expresión "daño sustancial" daba pie a la interpretación de que el daño ocasionado podía repararse mediante una indemnización. Se señaló que el concepto de "daño irreparable" no implicaba referencia cuantitativa alguna a la magnitud de los daños sino que se refería, con un criterio cualitativo, a la naturaleza intrínseca del daño. Se dieron diversos ejemplos de "daños irreparables". Además de la pérdida de una obra de arte invalorable o irrepetible, supuesto que ya se mencionó en el anterior período de sesiones (A/CN.9/545, párr. 29), se explicó que los "daños irreparables" podían sobrevenir en situaciones como la de la insolvencia de una empresa, la pérdida de pruebas esenciales, el hecho de no haber podido aprovechar una oportunidad de gran rentabilidad económica (como la celebración de un contrato valioso) o al dañarse la reputación de una empresa a consecuencia de la violación de una marca comercial patentada.

87. A pesar de que el concepto de "daño irreparable" estaba plenamente reconocido en algunos ordenamientos jurídicos, y constituía un requisito previo ordinario para el otorgamiento de una medida cautelar, se reconoció, no obstante, que el concepto de daño irreparable podía prestarse a diversas interpretaciones, en particular en los países que desconocieran el concepto. Se propuso que se sustituyera la expresión "daño irreparable" por palabras o por una frase de carácter más neutral y descriptivo. Se sugirieron enmiendas como las siguientes: "un daño que no pueda repararse de forma adecuada o que no pueda indemnizarse pecuniariamente"; "un daño que sea difícil de reparar"; "un daño que no pueda indemnizarse"; "un daño importante que no pueda repararse con una indemnización"; "un daño inevitable"; "un daño ineludible"; o "un daño grave".

88. Además de las reservas señaladas en los párrafos anteriores se argumentó que, si la Ley Modelo dispusiera que sólo podrían otorgarse medidas cautelares con el fin de evitar daños que no pudieran indemnizarse monetariamente, existiría el riesgo de que la disposición se interpretara de forma muy restrictiva. A consecuencia de ello, podría ser mucho más difícil obtener medidas cautelares en un procedimiento arbitral que en un proceso judicial; además, las partes que solicitaran la ejecución de tales medidas cautelares se verían obligadas también a entablar procedimientos suplementarios ante el foro judicial competente. Se planteó la cuestión de si la intención del Grupo de Trabajo era adoptar ese criterio restrictivo de forma que no pudieran dictarse medidas cautelares para indemnizar pérdidas que pudieran repararse otorgando daños y perjuicios. Se indicó también que, en la práctica actual, se daba bastantes veces el caso de que un tribunal arbitral dictaba una medida cautelar simplemente en circunstancias en que sería mucho más difícil compensar el daño mediante una indemnización por daños y perjuicios.

89. A fin de que el texto del apartado a) fuera más flexible se formuló otra propuesta de sustitución de las palabras "daño irreparable", por las palabras "un daño que no sea suficientemente reparable mediante una indemnización por daños y perjuicios". Se argumentó que con esta propuesta se pretendía eludir el inconveniente de que el concepto de daño irreparable pudiera crear un límite difícil de superar y que, en cambio, con las palabras sugeridas se fijarían con mayor claridad los límites del poder discrecional del tribunal arbitral a la hora de decidir si debía o no dictar una medida cautelar. El Grupo de Trabajo consideró que en general esta propuesta era aceptable.

Apartado a) - efecto combinado con la aplicación del párrafo 2)

90. Se hicieron observaciones sobre el contenido del párrafo 3) y concretamente sobre su relación con el párrafo 2). Se expresó la opinión de que la referencia, en el párrafo 3), al concepto de "daño" podía crear confusión con los términos empleados en el apartado b) del párrafo 2), "daño actual o inminente", con el consiguiente riesgo de que pudiera considerarse que los criterios enunciados en el párrafo 3) se aplicaban únicamente a las medidas otorgadas para los fines del apartado b) del párrafo 2).

91. Según otra observación más general, se planteó el problema de que los requisitos generales enunciados en el párrafo 3) pudieran no resultar aplicables a todos los tipos de medidas cautelares enunciadas en el párrafo 2). Por ejemplo, se señaló que no sería apropiado exigir en toda circunstancia a una parte que solicitara una medida cautelar con el simple propósito de preservar ciertas pruebas, conforme a lo previsto en el apartado d) del párrafo 2), que demostrara que, en caso de no otorgarse la medida, se produciría un daño excepcional, como tampoco sería apropiado exigir del demandante que, para obtener la medida, se cumplieran los criterios muy estrictos del párrafo 3). El Grupo de Trabajo tomó nota del problema señalado y convino en que tal vez debiera volver a estudiarse esa cuestión en una etapa ulterior.

Párrafo 4)

92. Se recordó que el Grupo de Trabajo, al examinar el párrafo 5) del artículo 17 bis (véanse los párrafos 54 a 60 *supra*), había examinado la cuestión de si cabía exigir una caución a título de requisito para que un tribunal arbitral dictara una medida cautelar. Según la opinión general de las delegaciones, la práctica de exigir caución no debería constituir una condición suspensiva para dictar una medida cautelar. Se subrayó que ni el artículo 17 de la Ley Modelo ni el párrafo 2) del artículo 26 del Reglamento del Arbitraje de la CNUDMI preveían tal requisito. Se presentaron varias propuestas para enmendar en consecuencia el párrafo 4).

93. Una de las propuestas consistía en que el párrafo tuviera el siguiente tenor: "El tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar tras exigir, del demandante o de toda otra parte interesada, la constitución de una caución adecuada", o simplemente disponiendo que "cabrá ordenar al demandante o a toda otra parte interesada que constituya una caución adecuada para que el tribunal arbitral otorgue una medida cautelar". Esta propuesta suscitó reservas por estimarse que se impondría un requisito demasiado estricto al supeditar el otorgamiento de la medida cautelar a la prestación previa de una caución. Según otra propuesta, se sugirió que, en el párrafo 4), se suprimieran las palabras "como requisito para otorgar la medida cautelar requerida". Se objetó que la solución no estaba en suprimir simplemente esas palabras, ya que el criterio enunciado resultaría valioso en la práctica. Además, se señaló que las propuestas sugeridas se prestaban a ser entendidas como un reconocimiento de que el tribunal arbitral estuviera facultado para exigir, por sí mismo, caución en cualquier momento del procedimiento.

94. Para responder a la inquietud de que el requisito de prestar caución se interpretara como una disposición independiente por la que se facultara al tribunal arbitral para exigir caución en cualquier momento del procedimiento, se propuso que se enmendara el párrafo 4 del modo siguiente: "El tribunal arbitral podrá

ordenar al demandante o a toda otra parte interesada que preste una caución adecuada en el momento en que el tribunal arbitral vaya a otorgar la medida cautelar". Se sugirió también la siguiente formulación: "El tribunal arbitral podrá exigir del demandante y/o de toda otra parte interesada que presten una caución adecuada respecto de la medida cautelar solicitada". Se argumentó que con esta propuesta no sólo se respondía a la inquietud expresada, sino que además se aseguraba que el tribunal arbitral sólo pudiera exigir caución en el momento en que se solicitara la medida cautelar. Se señaló que las palabras "respecto de" deberían interpretarse en sentido restrictivo, a fin de que vinculara inequívocamente la medida otorgada a la caución prestada. Tras un debate, el Grupo de Trabajo consideró aceptable esta propuesta.

95. En cuanto a la redacción, se indicó que sería preferible que el texto, en vez de decir "al demandante *y* a toda otra parte", dijera "al demandante *o* a toda otra parte", para dar a entender que el tribunal arbitral podría exigir caución tanto del demandante como de toda otra parte interesada, pero no a ambas a la vez. El Grupo de Trabajo aprobó esta propuesta.

96. Respecto de la posibilidad de que el tribunal arbitral ordenara a "cualquier parte" prestar una caución adecuada, se señaló que era indispensable mantener la posibilidad de que el tribunal arbitral ordenara al demandado (es decir, a la parte contra la que se otorgara la medida) que prestara tal caución. Se sostuvo que esa condición se ajustaba al principio de la igualdad de trato entre las partes en actuaciones arbitrales. Si bien era razonable creer que raras veces se requiriera del demandado que prestara caución, se darían casos en que, para obtener el alzamiento de una medida cautelar, como el embargo o secuestro de un buque, sería el demandado el que depositara una caución.

Párrafo 5)

97. Se planteó la cuestión de si convenía o no eliminar la segunda frase del párrafo 5) que preveía la obligación de que cuando una parte presentara declaraciones, documentos o demás información al tribunal arbitral, debería darse traslado de todo ello a la otra parte. Se sostuvo que esa obligación constituía una repetición de la obligación que ya se aplicaba en virtud del párrafo 3) del artículo 24 de la Ley Modelo. Se observó que, dado que el texto del artículo examinado formaría parte de la Ley Modelo, no era lógico repetir una obligación ya enunciada en otra disposición de la Ley Modelo. No obstante, se expresó la opinión de que la obligación de una parte de informar al tribunal arbitral sólo se mencionaba en el artículo 17, y en ninguna otra disposición de la Ley Modelo. Así pues, en aras de la claridad, era apropiado vincular la obligación de informar al tribunal a la obligación general de informar a la otra parte.

98. Sobre esta disposición se formularon diversas propuestas. Se sugirió que, después de las palabras "con prontitud" se insertaran palabras como ", enviando copias a todas las otras partes,", y que se suprimiera la segunda frase del párrafo 5). Según otra sugerencia, habría que enmendar las palabras iniciales del párrafo del modo siguiente: "La parte requirente deberá revelar con prontitud todo cambio importante (…)", y también se sugería que se suprimiera la segunda frase del párrafo 5). Se argumentó que con esas palabras se expresaba la obligación de forma más neutral y se evitaba que se infiriera que el párrafo excluía toda obligación en

virtud del párrafo 3) del artículo 24 de la Ley Modelo. Tras un debate, el Grupo de Trabajo estimó que en general esta última propuesta era aceptable.

Sanción por incumplimiento

99. Se observó que, en la forma en que estaba redactado, el párrafo 5) no preveía ninguna sanción en caso de incumplimiento de la obligación de informar. Se sugirió que en el párrafo 6) se previera una sanción al respecto, en virtud de la cual todo incumplimiento de la obligación de revelar información constituiría un motivo para la modificación, suspensión o revocación de la medida cautelar.

100. Se estimó que no era necesario prever expresamente una sanción en el párrafo 6), ya que en cualquier caso la sanción habitual de todo incumplimiento de la obligación de revelar información era la suspensión o revocación de la medida, o la indemnización de los daños y perjuicios causados. No obstante, se señaló que podía haber casos en que la indemnización de los daños no representara una solución, en particular cuando la otra parte no estuviera en condiciones de pagar una indemnización. A fin de reflejar mejor esa realidad, se sugirió que, al final del párrafo 5), se agregara la siguiente frase: "; todo incumplimiento de esta última obligación podrá constituir un motivo para suspender o revocar la medida cautelar con arreglo al párrafo 6) del presente artículo". Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que no era necesario agregar al párrafo 5) una disposición relativa a sanciones.

Párrafo 6)

101. Con respecto a la redacción de este párrafo, se señaló que, si bien en el párrafo 4) del artículo 17 bis se hablaba de "revocación, suspensión o enmienda de dicha medida cautelar", en el párrafo 6) del presente artículo 17 se hacía referencia a la posibilidad de "modificar, suspender o levantar toda medida cautelar". Se convino en que deberían armonizarse ambas disposiciones. Se prefirió que, en vez del verbo "enmendar", se empleara el verbo "modificar".

"Que haya dictado"

102. Se recordó que las palabras "que haya otorgado" se habían insertado en el proyecto de párrafo para tener en cuenta la decisión del Grupo de Trabajo conforme a la cual el tribunal arbitral sólo podía modificar o revocar las medidas cautelares otorgadas por él mismo (A/CN.9/545, párrafo 41). En función de ello, se convino en que las palabras "que haya otorgado" quedaran incorporadas al texto del párrafo eliminando los corchetes.

103. Se planteó la cuestión de si sería procedente prohibir al tribunal arbitral que modificara una medida cautelar dictada por un foro judicial, habida cuenta de que toda parte en un acuerdo de arbitraje podía demandar ante el foro competente que impusiera una medida cautelar antes de que se constituyera el tribunal arbitral. Se sostuvo que, en tales circunstancias, podía haber buenas razones para permitir que el tribunal arbitral, una vez constituido, modificara tales medidas. Esta opinión recibió cierto apoyo.

104. Se señaló que la cuestión de si debía permitirse que un tribunal arbitral revisara una orden cautelar dictada por un foro judicial era una cuestión espinosa

que planteaba problemas delicados acerca de la función de la jurisdicción estatal y del equilibrio entre la función asumida por los órganos arbitrales privados y la que corresponde a los tribunales judiciales, que actuaban en el ejercicio de un poder soberano y disponían de su propia vía de recurso. El Grupo de Trabajo señaló que el artículo 9 de la Ley Modelo regulaba adecuadamente la jurisdicción concurrente del tribunal arbitral y del foro judicial competente, y preveía de forma inequívoca el derecho de las partes a demandar una medida cautelar del foro judicial competente antes de la apertura de las actuaciones arbitrales o en el curso de las mismas. El Grupo de Trabajo convino en que en la Ley Modelo no debería regularse la cuestión de la posible revisión por un tribunal arbitral de una medida cautelar ordenada por un foro judicial. A este respecto, se observó que existían diversas vías para resolver dicha cuestión. Por ejemplo, las partes podían acudir de nuevo ante el foro que hubiera ordenado la medida para pedir que facultase al tribunal arbitral, una vez constituido, para modificar la medida. Además, el tribunal arbitral siempre podría exigir a las partes que presentaran al foro judicial la decisión que el tribunal arbitral hubiera adoptado.

Párrafo 6 bis)

105. El Grupo de Trabajo recordó que, a fin de ayudar a las deliberaciones sobre el apartado 6 bis), la Secretaría había preparado una nota (A/CN.9/WG.II/WP.127) con información recibida de los Estados acerca del régimen de la responsabilidad aplicable con arreglo al derecho interno a las medidas cautelares. Se observó que, en las normas citadas en dicho documento, el derecho interno no distinguía entre las medidas otorgadas "*ex parte*", o sin escuchar a la parte afectada, y las otorgadas tras haber escuchado a las dos partes, en lo referente al régimen de la responsabilidad aplicable. Se sugirió, por ello, que se suprimieran los corchetes que englobaban dicho párrafo y que el Grupo de Trabajo examinara la posibilidad de mejorar su texto.

106. Se sugirió que el texto por el que se dispone que el demandante será responsable de los gastos y daños que ocasione la medida "desde la fecha en que se otorgó y hasta que se levante" era innecesaria porque el requisito de que los gastos y daños fueran "ocasionados" por la medida ya definía su ámbito de aplicación. Se sugirió también que las condiciones actualmente enunciadas en el párrafo 6 bis) pudieran resultar confusas y que tal vez no fuera procedente el requisito que hacía depender la responsabilidad al respecto del fallo resolutorio sobre el fondo del litigio. A este respecto, se recordó al Grupo de Trabajo de que en su 39º período de sesiones, se expresó firmemente el parecer de que el fallo resolutorio en cuanto al fondo del litigio no debería ser un elemento esencial para la determinación de si estaba o no justificada la adopción de una medida cautelar (A/CN.9/545, párr. 68). Por ello, se sugirió sustituir la primera versión del párrafo 6 bis) por el texto "el demandante será responsable de todo gasto o daño que la medida cautelar ocasione a la parte contra la que sea aplicable, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida cautelar". Se expresó apoyo a favor de dicha propuesta.

107. Se expresó cierta inquietud de que el texto del párrafo 6 bis) parecía hacer depender la facultad del tribunal arbitral para otorgar daños de que el tribunal llegara a la conclusión de que la medida cautelar no debería haber sido impuesta, lo que tal vez no dejara al tribunal arbitral suficiente margen de discrecionalidad para

ejercitar dicha facultad en supuestos en los que la medida se hubiera adoptado a la luz de datos erróneos. A fin de dotar al tribunal de una discrecionalidad más amplia, se sugirió una segunda propuesta consistente en sustituir la totalidad del texto del párrafo 6 bis) por el siguiente: "El demandante será responsable de todo gasto o daño que la medida cautelar ocasione a la parte contra la que sea aplicable, en la etapa del procedimiento y en la medida que el tribunal arbitral considere oportuna habida cuenta de todas las circunstancias que puedan ser del caso". Se dijo que, en el supuesto de aceptarse la nueva formulación, cabría suprimir la segunda oración del párrafo 6 bis). Dicha propuesta obtuvo escaso apoyo. Se expresaron preferencias a favor de la primera propuesta al estimarse que respondía mejor a las inquietudes expresadas y que impartía más orientación que la segunda.

108. Respecto de la última versión del párrafo 6 bis), se sugirió suprimir el término "inmediata" por estimarse que cabría interpretarlo erróneamente en el sentido de que sugería que el tribunal arbitral otorgara daños simultáneamente al otorgamiento de la medida cautelar. Se sugirió sustituir dicha oración por el siguiente texto: "El tribunal arbitral podrá otorgar una indemnización por daños en cualquier momento de las actuaciones, a partir del levantamiento de la medida cautelar". Se sugirió que las palabras "a partir del levantamiento de la medida cautelar" eran innecesariamente restrictivas al limitar el otorgamiento de daños al período subsiguiente a la extinción de la medida cautelar. Se convino en suprimir las palabras "a partir del levantamiento de la medida cautelar". Se convino asimismo en que se aclarara, en todo texto explicativo que se publicara del párrafo 6 bis), que la referencia que se hacía en dicho texto a las "actuaciones", estaba referida a las actuaciones arbitrales y no a alguna otra actuación relativa a la medida cautelar. A reserva de dichas modificaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del texto propuesto.

Párrafo 7)

Medidas otorgadas (ex parte) sin escuchar a la parte afectada

109. El Grupo de Trabajo recordó que en anteriores períodos de sesiones se había examinado a fondo la cuestión de si procedía insertar alguna disposición relativa a las medidas "*ex parte*", u otorgadas sin escuchar a la parte afectada, habiéndose expresado pareceres divergentes al respecto. El Grupo de Trabajo recordó asimismo que, en su 36º período de sesiones, la Comisión había tomado nota de la sugerencia relativa a las medidas "*ex parte*", que, a juicio de la Comisión, seguía siendo un punto controvertido, por lo que convenía no dejar que dicha cuestión demorara la finalización del texto del proyecto de artículo 17 (A/58/17, párr. 203).

110. En su 39º período de sesiones el Grupo de Trabajo prosiguió su examen detallado del párrafo 7), y convino en que en su próximo período de sesiones, se examinara, como asunto de carácter general la conveniencia de incluir en el proyecto de artículo 17 una disposición relativa a las medidas cautelares otorgadas escuchando únicamente al demandante de la medida (A/CN.9/545, párr. 50). Se señaló que las denominadas medidas cautelares "*ex parte*", u otorgadas sin escuchar a la parte afectada por la medida, apenas habían sido tratadas en el derecho interno de los países o en los principios generales de su derecho, así como tampoco en la práctica comercial internacional. Se indicó que tal vez fuera contraproducente que

en un instrumento de la CNUDMI se intentara regular una práctica procesal que, hasta la fecha, estaba tan poco reconocida.

111. Las observaciones formuladas en el curso del actual período de sesiones indicaron que seguía habiendo opiniones sumamente divergentes sobre la cuestión de que se inserte una disposición por la que se facultara al tribunal arbitral a otorgar medidas sin escuchar a la parte afectada por la medida. Por una parte, se dijo que no existía un consenso mundial sobre los criterios y prácticas que serían aplicables a la concesión de dichas medidas por un tribunal arbitral y que incluir una disposición al respecto, en ausencia de dicho consenso, restaría valor a la función de la Ley Modelo como norma de rango internacional avalada por un consenso de ámbito mundial.

112. Se dijo, en sentido contrario, que la función de la CNUDMI iba más allá del mero cometido de armonizar el derecho existente, ya que la Comisión había asumido con regularidad una función al servicio del desarrollo de reglas innovadoras o más modernas, promoviendo las mejores prácticas y evaluando su eventual impacto económico positivo. Se señaló que el Grupo de Trabajo tenía la posibilidad de abordar la práctica, cada vez más difundida, de las medidas "*ex parte*", y que el hecho de que algunas jurisdicciones no las adoptaran no restaría importancia a las nuevas reglas. Se expresó la opinión de que, además de ser cuestionable la necesidad de regular las medidas cautelares "*ex parte*", se debía evitar introducir en la Ley Modelo disposiciones que tal vez obstaculizaran el desarrollo de la práctica basada en estas medidas. Se expresó, no obstante, apoyo en favor de la idea de que, pese a la ausencia de un consenso, el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta la importancia del sector doctrinal favorable al otorgamiento de ciertas medidas sin escuchar a la parte afectada y preparara un texto, incorporable al derecho interno, para aquellos países que desearan regular esta cuestión. Se señaló también que varias instituciones arbitrales internacionales habían aprobado reglas de emergencia para que los árbitros atendieran la demanda creciente de estas medidas, por ejemplo en el caso del arbitraje deportivo.

113. Se expresó el parecer de que el texto del párrafo 7) que había aumentado y fortalecido las salvaguardias contra el recurso indebido a medidas otorgadas a instancia de una sola parte, fuera aceptable al Grupo de Trabajo.

114. Se propusieron cierto número de variantes al texto actual del proyecto de párrafo 7). Una de ellas, recogida y explicada en la propuesta presentada por la Cámara de Comercio Internacional (A/CN.9/WG.II/WP.129), decía:

> "a) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar, sin dar a la parte [contra la que se otorgue la medida] [afectada por la medida] la oportunidad [de oponerse a la medida] [de ser oída], cuando:
>
> i) Dicha medida sea urgente;
>
> ii) Se den los requisitos enunciados en el párrafo 3); y
>
> iii) El demandante haga ver la necesidad de obrar así a fin de que la finalidad de la medida no se vea frustrada antes de haber sido otorgada.

b) El demandante:

i) Será responsable de todo daño o gasto que la medida ocasione a la parte [contra la que vaya dirigida] [afectada por la misma] [en la cuantía que proceda, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, en función de lo que disponga el laudo que dirima el fondo del litigio]; y

ii) Deberá constituir una caución en la forma que el tribunal arbitral considere adecuada [, para responder de todo daño o gasto ocasionado conforme a lo previsto en el inciso i],] [como requisito para otorgar una medida requerida en el marco del presente párrafo].

iii) Deberá dar aviso de que ha demandado la medida a la parte [contra la que vaya dirigida] [afectada por la misma] en el momento en que presente dicha demanda.

c) [Para no dar lugar a dudas,] el tribunal arbitral será competente para pronunciarse, entre otras cosas, sobre toda cuestión suscitada por el anterior [apartado b]] o con él relacionada].

d) [La parte [contra la que vaya dirigida] [afectada por] una medida cautelar otorgada con arreglo al presente párrafo tendrá la oportunidad [de oponerse a la medida y] de ser oída por el tribunal arbitral [dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su notificación, o en todo otro momento o fecha que sea adecuado en las circunstancias del caso].]

e) [Toda medida cautelar impuesta con arreglo a este párrafo no será válida por más de veinte días [a partir de la fecha en que el tribunal arbitral imponga la medida] [a partir de la fecha en que la medida surta efecto frente a la otra parte], plazo que no será prorrogable. No se verá afectada, por lo dispuesto en el presente apartado, la autoridad del tribunal arbitral para otorgar, confirmar, prorrogar o modificar una medida cautelar con arreglo a lo previsto en el párrafo 1] una vez que la parte [contra la que vaya dirigida la medida] [afectada por la medida] haya tenido oportunidad de [oponerse a la medida] [y de ser oída].]

f) [La parte que demande una medida cautelar con arreglo al presente párrafo estará obligada a informar al tribunal arbitral de toda circunstancia que sea probable que dicho tribunal estime ser del caso o de interés para su determinación sobre si se cumplen o no los requisitos enunciados en el presente párrafo.]

Modificaciones propuestas al artículo 17 bis, párrafos 1 y 6

1) A reserva de lo dispuesto en el presente artículo, toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral que satisfaga los requisitos del artículo 17, a excepción de las medidas cautelares que se adoptan en virtud del párrafo 7 del artículo 17, se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada previa presentación [por escrito] a un tribunal competente de una solicitud, independientemente del país en que se haya formulado.

El párrafo 6 del artículo 17 bis debería suprimirse en su totalidad."

115. Otro texto que se sugirió insertar en lugar del actual párrafo 7):

> "En todo supuesto en el que la divulgación previa de la medida demandada a la parte que haya de cumplirla entrañe el riesgo de frustrar su aplicación, el demandante podrá presentar su demanda sin notificarla a parte alguna. A su recepción el tribunal arbitral deberá comunicar la demanda presentada a toda otra parte interesada, invitándola a que presente su respuesta. El tribunal arbitral podrá adjuntar a su comunicación un mandato provisional [por el que se impida toda tentativa de frustrar la medida demandada]/[para preservar el *statu quo*] que deberá observarse hasta que haya oído a dicha parte y hasta que el tribunal se pronuncie respecto de la demanda presentada [con tal de que la validez de dicho mandato provisional no se prolongue más allá de X días]."

116. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no pudo examinar en detalle dichas propuestas. El Grupo de Trabajo tomó nota de las propuestas y decidió que proseguiría su examen en su próximo período de sesiones sobre la base de la documentación preparada para el actual período de sesiones y del texto de la propuesta adicional, así como toda otra propuesta que pudiera comunicarse a la Secretaría para la preparación del siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo. Se señaló que, además de examinar el contenido de una disposición sobre medidas cautelares "*ex parte*", el Grupo de Trabajo debería prestar atención al lugar en que ubicaría dicha disposición. Entre los lugares propuestos se indicó una nota de pie de página del artículo 17, ya fuera en forma de una cláusula de aceptación o de exclusión, por vía contractual, de dichas medidas para su examen por los legisladores de los países.

D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 40º período de sesiones: solución de controversias comerciales: Medidas cautelares - Régimen de la responsabilidad

Nota de la Secretaría

(A/CN.9/WG.II/WP.127) [Original: español/francés/inglés]

Índice

	Párrafos
Introducción	1-4
I. Observaciones sobre legislaciones nacionales presentadas a la Secretaría por las delegaciones	5-35
A. Austria	5-7
B. Canadá (Provincia de Quebec)	8
C. República Checa	9-11
D. Finlandia	12
E. Francia	13-14
F. Alemania	15-17
G. Singapur	18-24
H. España	25-27
I. Suiza	28
J. Estados Unidos de América	29-35
II. Labor de otras organizaciones internacionales	36-37
A. Principios de la Asociación de Derecho Internacional	36
B. American Law Institute/Unidroit: proyecto de principios fundamentales y normas de procedimiento civil transnacional	37

Introducción

1. En su 37º período de sesiones (Viena, 7 a 11 de octubre de 2002), el Grupo de Trabajo había convenido en que en el proyecto revisado de artículo 17 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, relativo a las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral, se asegurara que el requisito de que la parte que solicitara la medida cautelar constituyera una garantía fuera obligatorio y que la parte requirente fuera considerada objetivamente responsable de los perjuicios causados a la parte requerida por una medida injustificada (A/CN.9/523, párr. 31).

2. En el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo (Viena, 10 a 14 de noviembre de 2003), esta regla de la responsabilidad suscitó diversas cuestiones. Concretamente:

- Se planteó si una disposición sobre la responsabilidad general debía aplicarse no sólo a las medidas cautelares dictadas a instancia de parte (*ex parte*) sino también a las dictadas después de escucharse a ambas partes (*inter partes*). En apoyo de que se incluyera en el texto una disposición general sobre la responsabilidad, se dijo que en ambos casos una medida cautelar podría resultar *a posteriori* injustificada y perjudicial para la parte requerida. Sin embargo, suscitó reparos la sugerencia de que un régimen de la responsabilidad se aplicase en general a las medidas cautelares dictadas tanto *ex parte* como *inter partes*. Se sostuvo que la responsabilidad objetiva que se imponía en el contexto de las medidas *ex parte* era acorde con el carácter de dichas medidas, habida cuenta de los riesgos inherentes a tal procedimiento. Por otra parte, se observó que el derecho procesal interno podía regir todo falseamiento o error en que se incurriera en el régimen de las medidas cautelares dictadas *inter partes*. Como observación general, se adujo que la disposición debería limitarse a establecer los principios básicos de un régimen de la responsabilidad sin tratar en detalle cuestiones de fondo regidas por el derecho interno (A/CN.9/545, párr. 60).
- Se criticó el alcance que quería darse al concepto de daños. Se expresaron opiniones divergentes sobre si convenía enunciar el concepto de forma más amplia (previendo salvaguardias adecuadas) o de forma más restringida (limitando la aplicación de la disposición a los daños directos) (A/CN.9/545, párr. 64).
- Otra cuestión planteada fue la de si el mero hecho de solicitar una medida cautelar *ex parte* bastaría para que la parte requirente fuera considerada responsable de todo daño que pudiera ocasionar la medida, independientemente de que posteriormente se determinara que la medida había estado justificada o injustificada y de que la parte requirente hubiera incurrido o no en falta. No obstante, prevaleció la opinión de que la parte requirente sólo debería ser responsable de los daños si ulteriormente se comprobaba que la medida cautelar no había estado justificada. Se preguntó cómo debía entenderse el término "injustificada" y si el concepto de medidas "injustificadas" debía interpretarse con independencia de cualquier otro criterio o en función de la forma en que se resolviera el fondo del litigio. A este respecto, se expresó la convicción de que la decisión final sobre el fondo del litigio no debería ser un factor esencial para determinar si las medidas cautelares habían estado justificadas o no (A/CN.9/545, párr. 65).

3. El Grupo de Trabajo consideró que, con miras a la preparación de ulteriores deliberaciones sobre el tema, podría ser útil disponer de información suplementaria sobre la forma en que las distintas legislaciones regulaban la responsabilidad en lo referente a las medidas cautelares, y se invitó a todas las delegaciones a que, a fin de contribuir a la preparación del 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo, proporcionaran a la Secretaría información sobre la legislación de los respectivos países (A/CN.9/545, párr. 61).

4. En la primera parte de la presente nota se reproduce, tal como se recibió, la información enviada al respecto por los Estados. En la segunda parte se resumen los textos que actualmente preparan sobre el tema otras organizaciones internacionales. Las versiones anteriores de esos textos figuran en el párrafo 108 del

documento A/CN.9/WG.II/WP.108 y en los párrafos 68 a 71 del documento A/CN.9/WG.II/WP.119.

I. Observaciones sobre legislaciones nacionales presentadas a la Secretaría por las delegaciones

A. Austria

[Original: inglés]

5. De conformidad con la legislación que actualmente regula el arbitraje (artículos 577 a 599 del Código de Procedimiento Civil de Austria), los tribunales arbitrales no están facultados para dictar medidas cautelares, atribución que únicamente pueden ejercer los tribunales judiciales. El tribunal debe decidir si otorga o no la medida cautelar solicitada por la parte requirente basándose en las pruebas inmediatamente disponibles que dicha parte le presente simultáneamente junto con la solicitud. El tribunal puede decidir discrecionalmente si la parte contra la que vaya dirigida la medida tiene derecho a ser oída. En cualquier caso, el tribunal debe asegurarse de que el hecho de oír a la parte requerida no obstaculice la aplicación de la medida cautelar.

6. Las medidas cautelares otorgadas antes de que la demanda sea eficaz o antes de que se inicie un procedimiento judicial deberán justificarse en el procedimiento judicial principal. Al otorgar la medida cautelar, el tribunal fijará un plazo para que la parte requirente entable un procedimiento judicial. Si al término de ese plazo la parte requirente no ha iniciado ningún procedimiento, el tribunal anulará de oficio la medida cautelar.

7. En el derecho austríaco, el régimen de la responsabilidad se aplica de forma general tanto a las medidas *ex parte* como a las medidas *inter partes*. En virtud del artículo 394 del Código de Ejecución, la parte requirente deberá indemnizar todos los daños pecuniarios que haya causado la medida a la parte contra la que iba dirigida si en el subsiguiente procedimiento principal se demuestra que la demanda en base a la cual se haya dictado la medida cautelar estaba injustificada, o si la parte requirente no entabla oportunamente ningún procedimiento judicial. La legislación austríaca impone una responsabilidad objetiva. La parte requirente deberá indemnizar todos los daños pecuniarios ocasionados por la medida cautelar. Entre los daños pecuniarios quedan comprendidas todas las pérdidas monetarias, el lucro cesante y los gastos que haya tenido que realizar la parte afectada por la medida cautelar para defender su causa. También deberán indemnizarse a dicha parte los gastos judiciales en concepto de asistencia letrada.

B. Canadá (Provincia de Quebec)

[Original: francés/inglés]

8. El artículo 755 del Código de Procedimiento Civil dispone lo siguiente:

> "A menos que el tribunal o el juez que otorgue una medida cautelar decida fundadamente otra cosa, deberá exigirse a la parte requirente que abone una caución, de un importe prescrito, con objeto de cubrir los gastos y los daños

que pudieran derivarse de su solicitud. Antes de que se dicte la medida, el secretario judicial deberá adjuntar a la misma un escrito por el que certifique que se ha depositado la caución.

El juez podrá, en cualquier momento, incrementar o reducir el importe de dicha caución [1965 (1st sess.), c. 80, artículo 755; 1992, c. 57, artículo 420]."

C. República Checa

[Original: inglés]

9. El otorgamiento de medidas cautelares es competencia exclusiva de los tribunales judiciales. Los tribunales podrán ejercer esa facultad respecto de las partes en procedimientos de arbitraje, del mismo modo que pueden ejercerla respecto de las partes en procedimientos judiciales.

10. El artículo 22 de la Ley Núm. 216/1994 del Compendio de Leyes del Parlamento de la República Checa, relativa a los procedimientos arbitrales y a la ejecución de laudos arbitrales (aprobada el 1º de noviembre de 1994 y en vigor desde el 1º de enero de 1995), dispone que "cuando durante la espera de un procedimiento, o antes de que se entable tal procedimiento, se produzcan hechos que puedan poner en peligro la ejecución del laudo arbitral, el tribunal judicial podrá, a petición de una de las partes, dictar una medida (orden) cautelar". De conformidad con esta disposición, que es imperativa, los tribunales arbitrales no podrán, en ningún momento, otorgar medidas cautelares.

11. La legislación de la República Checa no permite la ejecución transfronteriza de medidas cautelares otorgadas por tribunales arbitrales o por árbitros. En virtud de la ley checa, las medidas cautelares dictadas por árbitros o tribunales arbitrales no pueden ejecutarse en el país.

D. Finlandia

[Original: inglés]

12. En virtud del artículo 11 del capítulo 7 del Código de Procedimiento Judicial de Finlandia, si posteriormente se comprueba que una medida cautelar no se ha dictado con criterios justificados, la parte que haya solicitado la medida deberá pagar una indemnización a la otra parte por los daños que haya causado la medida o su ejecución a dicha parte, así como una indemnización por los gastos que la parte requerida haya tenido que realizar para evitar los efectos de la medida cautelar (por ejemplo, los gastos ocasionados por el pago de una caución). Conforme a esta disposición, la parte a instancia de la cual se haya dictado y posiblemente ejecutado la medida cautelar incurrirá en una responsabilidad objetiva (*sine culpa*) por todos los daños, ya sean directos o indirectos, que haya sufrido la otra parte a resultas del otorgamiento o de la ejecución de la medida cautelar.

E. Francia

[Original: francés/inglés]

13. A continuación se reproducen artículos del Nuevo Código de Proceso Civil de Francia relativos a las medidas cautelares dictadas por tribunales, cuya traducción al español es la versión que figura en el sitio oficial para cuestiones jurídicas que tiene el Gobierno de Francia en Internet (*"legifrance.gouv.fr"*).

"Artículo 489 (Artículo 18 del Decreto Núm. 81-500 de 12 de mayo de 1981, Boletín Oficial del 14 de mayo de 1981, modificado por el JORF del 21 de mayo de 1981): La medida cautelar (*ordonnance de référé*) es provisionalmente ejecutable. El juez podrá, no obstante, condicionar su ejecución provisional a la prestación de una caución conforme a lo dispuesto en los artículos 517 a 522.

De ser necesario, el juez podrá decretar que se despache ejecución de forma inmediata (tras la simple presentación del original).

Artículo 517: La ejecución provisional podrá supeditarse a la constitución de una caución, real o personal, que resulte suficiente para hacer frente a las restituciones o indemnizaciones a que aquélla pudiere dar lugar.

Artículo 518: La naturaleza, la extensión y las modalidades de la caución se establecerán en la resolución que ordene su constitución.

Artículo 519 (Artículo 2 del Decreto Núm. 76-714 de 29 de julio de 1976, Boletín Oficial del 30 de julio de 1976): En caso de que la caución consista en una suma de dinero, deberá ingresarse tal suma en la cuenta de depósitos y consignaciones; si lo solicitare alguna de las partes, también podrá depositarse ante un tercero designado a tal efecto.

En este último supuesto, el tribunal que acceda a la solicitud establecerá en su resolución las modalidades del depósito.

Si el tercero se niega a hacerse cargo del depósito, el dinero se ingresará en la cuenta de depósitos y consignaciones, sin necesidad de que se dicte una nueva resolución.

Artículo 520: Cuando el importe de la caución no pueda fijarse de manera inmediata, el tribunal citará a las partes en la fecha que señale, para que efectúen los acreditamientos oportunos.

El tribunal resolverá entonces sin que quepa la posibilidad de recurrir.

Se dejará constancia de esta resolución en el original y en las copias que se expidan de la sentencia.

Artículo 521 (Artículo 21 del Decreto Núm. 81-500 de 12 de mayo de 1981, Boletín Oficial del 14 de mayo de 1981, modificado por el JORF del 21 de mayo de 1981) (Artículos 3 y 31 del Decreto Núm. 84-618 de 13 de julio de 1984, Boletín Oficial del 18 de julio de 1984, modificado por el JORF del 18 de agosto de 1984): La parte condenada al pago de una cantidad de dinero que no consista en alimentos, rentas indemnizatorias o pagos a cuenta podrá evitar la ejecución provisional si procede a consignar, previa

autorización judicial, bienes o valores suficientes para asegurar el importe de la condena, por lo que se refiere a la demanda principal, los intereses y las costas.

Cuando el tribunal ordene el pago de una suma en concepto de indemnización de un daño corporal, el tribunal podrá igualmente acordar que dicha suma se entregue a un depositario que quede encargado de abonar periódicamente a la víctima la cantidad que el propio tribunal determine.

Artículo 522: El tribunal podrá en cualquier momento autorizar la sustitución de la caución original por otra equivalente."

14. El principio a que se atienen los tribunales al otorgar medidas cautelares es el siguiente:

"La ejecución provisional de medidas cautelares se efectuará por cuenta y riesgo del demandante, el cual, en caso de anularse la decisión, deberá indemnizar los daños causados por tal ejecución."

F. Alemania

[Original: inglés]

15. El párrafo 4 del artículo 1041 de la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

"En el supuesto de que la adopción de una medida al amparo del párrafo 1 (medida cautelar dictada por un tribunal arbitral) sea manifiestamente improcedente desde el primer momento, la parte que la haya solicitado estará obligada a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la otra parte a raíz de la ejecución de la medida o de la prestación de una garantía para evitar tal ejecución. Esta petición puede hacerse valer en el procedimiento arbitral pendiente."

16. Esta disposición refleja la forma en que la legislación alemana regula las medidas cautelares otorgadas injustamente por los tribunales estatales y constituyen de por sí un principio general de derecho. Se decidió por consenso incluir este principio en la Ley de Arbitraje con miras a aclarar y reiterar la idea de que toda parte que solicite medidas cautelares insuficientemente motivadas deberá indemnizar *ipso jure* (es decir, sin haberse comprometido expresamente a ello) los daños y prejuicios que con ello haya causado a otra parte.

17. Ésta es la única disposición legislativa del derecho alemán que regula en concreto las consecuencias del otorgamiento de medidas cautelares sin motivos justificados.

G. Singapur

[Original: inglés]

18. En virtud del artículo 12 de la Ley de Arbitraje Internacional de 1995, por la que se incorpora al derecho interno la Ley Modelo de la CNUMDI sobre Arbitraje

Comercial Internacional, el tribunal arbitral está facultado para dictar órdenes o hacer requerimientos a una parte a fin de que:

- aporte una garantía que cubra los gastos;
- preserve, guarde provisionalmente o venda los bienes que sean objeto de la controversia;
- se obtenga la suma reclamada;
- no disperse los bienes;
- se dicte un mandamiento provisional o cualquier otra medida cautelar.

19. Las órdenes y los requerimientos dictados por un tribunal arbitral, y refrendados por el Tribunal Superior de Justicia son ejecutables del mismo modo que las órdenes dictadas por un tribunal judicial. El Tribunal Superior de Justicia está facultado para dictar, a efectos de un procedimiento de arbitraje o en relación con un arbitraje, órdenes similares a las que puede dictar a efectos de un procedimiento judicial o en relación con tal procedimiento. Estas cuestiones se regulan en el artículo 12 de la Ley de Arbitraje Internacional.

20. En cuanto a la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares, y a falta de jurisprudencia en sentido contrario, se asume que, para las medidas cautelares dictadas en procedimientos de arbitraje, deben seguirse las mismas prácticas que en el caso de las órdenes cautelares dictadas por tribunales judiciales en relación con procedimientos judiciales.

21. Una de las características principales de las prácticas judiciales al respecto radica en que casi siempre se exige al demandante que se comprometa a acatar las órdenes que dicte el tribunal en relación con los daños y perjuicios cuando ulteriormente se determine que la medida se ha otorgado de forma injusta. De hecho, el demandante siempre se compromete a ello al solicitar una medida cautelar. Si la parte afectada por la medida lo solicita, el tribunal puede exigir a la parte requirente que respalde su compromiso con una caución, por ejemplo, en forma de garantía bancaria.

22. El tribunal puede ordenar el pago de una indemnización si, por ejemplo, al término del proceso, el demandante no ha podido demostrar el fundamento de su reclamación. Este sería el caso, por ejemplo, cuando el demandante hubiera obtenido una orden por la que se garantizara la suma reclamada pero, al final del proceso, el tribunal fallara en contra del demandante. En tal supuesto, cabe considerar que la medida cautelar se ha solicitado de manera improcedente y que, por lo tanto, el demandante debe indemnizar a la parte requerida por los perjuicios que le haya causado tal medida.

23. El demandante debe comprometerse de antemano a acatar toda orden de indemnización tanto si la medida cautelar se ha obtenido *ex parte* como si se ha concedido *inter partes*. En el caso de una medida dictada a instancia de parte, se exige al demandante que revele cabal y sinceramente todo factor que pudiera restar motivos para el otorgamiento de la medida. Si posteriormente se demuestra que el demandante, al solicitar la medida *ex parte*, ha ocultado al tribunal información importante, podrá cancelarse la medida por esta única razón, aunque existan otros

motivos que la justifiquen. Además, en tal situación, la parte requirente deberá cumplir su compromiso de indemnizar daños y perjuicios a la parte requerida.

24. La práctica judicial seguida en Singapur en lo referente a las medidas cautelares sigue la pauta del derecho de Inglaterra y de otros países con ordenamientos de *common law*.

H. España

[Original: Español]

25. La Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) dispone expresamente que quien acredite ser parte en un proceso arbitral que se siga en el extranjero podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares. En virtud del artículo 733 de la Ley, el demandante podrá solicitar la adopción de medidas cautelares *inaudita parte* (*ex parte*) cuando acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa del demandado puede comprometer el buen fin de la medida cautelar. Deberá prestarse caución tanto en el caso de medidas cautelares *inter partes* como en el de medidas *ex parte*. Una vez dictada la medida cautelar y prestada la caución, se procederá de oficio a la ejecución de la medida.

26. Medidas cautelares *inter partes*: En virtud del artículo 745 de la Ley, en caso de absolución, de renuncia a la acción o de desistimiento de la instancia, "se alzarán de oficio todas las medidas cautelares adoptadas" y, si lo solicita el demandado, se determinarán los daños y perjuicios que éste haya podido sufrir[1].

27. Medidas cautelares *inaudita parte* (*ex parte*): En virtud del artículo 739 de la Ley, el tribunal deberá informar a la otra parte de la orden judicial por la que haya adoptado la medida, a fin de que el demandado pueda formular objeciones. El plazo para presentar objeciones es de 20 días, contados desde la notificación del auto judicial. La otra parte recibirá una copia del documento a fin de que pueda también formular sus argumentos.

En virtud del artículo 741 de la Ley, el tribunal, una vez celebrada la vista, podrá:

a) Mantener la medida cautelar. En tal caso, "condenará al opositor a las costas de la oposición";

b) Alzar la medida cautelar. En tal caso, "condenará al actor a las costas y al pago de los daños y perjuicios que ésta haya producido"[2].

---

[1] Artículo 745. *Alzamiento de las medidas tras sentencia absolutoria firme*
Firme una sentencia absolutoria, sea en el fondo o en la instancia, se alzarán de oficio todas las medidas cautelares adoptadas y se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 742 respecto de los daños y perjuicios que hubiere podido sufrir el demandado. Lo mismo se ordenará en los casos de renuncia a la acción o desistimiento de la instancia.

[2] Artículo 741. *Traslado de la oposición al solicitante, comparecencia en vista y decisión*
1. Del escrito de oposición se dará traslado al solicitante, procediéndose seguidamente conforme a lo previsto en el artículo 734.
2. Celebrada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días, decidirá en forma de auto sobre la oposición. Si mantuviere las medidas cautelares acordadas, condenará al opositor a las costas de la oposición. Si alzare las medidas cautelares, condenará al actor a las costas y al pago de los daños y perjuicios que éstas hayan producido.

I. Suiza

[Original: francés]

28. El artículo 364 de la nueva Ley de Procedimiento Civil, relativo a las medidas cautelares, la caución y los daños y perjuicios, dispone lo siguiente:

> "1. A menos que las partes convengan otra cosa, el tribunal arbitral o el tribunal judicial podrá, a petición de una parte, dictar medidas cautelares con la finalidad, entre otras, de preservar las pruebas.
>
> 2. Cuando la persona a la que vayan dirigidas las medidas no las acate voluntariamente, el tribunal arbitral o una de las partes podrán, con la venia del tribunal judicial, solicitar a éste que dicte la orden necesaria. El tribunal judicial aplicará el derecho por el que se rija su actuación.
>
> 3. El tribunal arbitral o el tribunal judicial podrán supeditar el otorgamiento de medidas cautelares a la aportación de una caución adecuada, cuando tales medidas puedan resultar perjudiciales para la otra parte.
>
> 4. El demandante será responsable de los daños y perjuicios que sufra la otra parte a causa de medidas cautelares que resulten injustificadas. Si el demandante puede probar que hizo la solicitud de buena fe, el tribunal judicial podrá reducir la indemnización pagadera o denegar la solicitud de daños y perjuicios. Podrán presentarse demandas en el curso de un procedimiento arbitral aún no resuelto.
>
> 5. La caución será restituida en cuanto quede claro que no se presentará ninguna reclamación por daños y perjuicios; en caso de incertidumbre, el tribunal arbitral concederá más tiempo a la parte interesada a fin de que adopte medidas pertinentes."

J. Estados Unidos de América

[Original: inglés]

29. Salvo pocas excepciones, los tribunales federales y estatales de los Estados Unidos consideran que una parte que haya obtenido la adopción de medidas cautelares que no se hayan dictado con motivos justificados deberá indemnizar los daños y perjuicios sufridos por otra parte a consecuencia de dichas medidas. Generalmente, el derecho federal y las legislaciones estatales exigen que toda parte que solicite una orden cautelar o un interdicto de carácter temporal deberá prestar una caución con la que se indemnizarán los gastos y los perjuicios pecuniarios que tales órdenes ocasionen a la parte afectada si posteriormente se comprueba que las medidas no se otorgaron con el debido fundamento.

30. En el artículo 65 del Reglamento Federal de Procedimiento Civil se regulan los procedimientos generales para la adopción a nivel federal de medidas cautelares preliminares o permanentes y de interdictos de carácter temporal y se prevén salvaguardias para evitar que se abuse en el recurso a tales órdenes judiciales. Concretamente, el apartado c) del artículo 65 exige de las partes que soliciten el

otorgamiento de una medida cautelar que entreguen al tribunal una caución como garantía. El texto del apartado es el siguiente:

> "No se dictará ningún interdicto ni ninguna medida cautelar salvo si el solicitante aporta una garantía, del monto que el tribunal considere apropiado, con objeto de cubrir los gastos que haya tenido que realizar la parte que haya sido objeto de una medida cautelar o interdicto injustificados y de indemnizar los daños y perjuicios que dicha parte haya sufrido a consecuencia de tales interdictos o medidas."

31. El requisito de la prestación de una caución a título de garantía se aplica estrictamente. Los tribunales entienden que la finalidad de la caución es garantizar el pago de una indemnización por los gastos que haya tenido que realizar una parte o por los daños y perjuicios que ésta haya sufrido, cuando posteriormente se demuestre que la medida cautelar o el interdicto no estaban justificados. En el caso *Blumenthal c. Merrill Lynch,* 910 F.2d 1049, 1055-1056 (2d Cir.1990), el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos del Distrito Judicial Núm. 2 falló a favor de antiguos empleados, a quienes se había impuesto una medida cautelar que afectaba a una cuestión crucial de una controversia sometida a arbitraje, y resolvió que esas partes tenían derecho a que se les indemnizaran las pérdidas directamente ocasionadas por la imposición de dicha medida. En circunstancias similares, los Tribunales de Apelación de los Distritos Judiciales Núm. 7, Núm. 9 y Núm. 11 llegaron a la misma conclusión.

32. Se considera que una parte ha sido objeto de una medida cautelar o de un interdicto injustificado, en el sentido del apartado c) del artículo 65, cuando dicha parte tenía derecho a hacer lo que se le había ordenado que se abstuviera de hacer (*Nintendo of America c. Lewis Galoob Toys,* Inc., 16 F.3d 1032, 1036). Véase también *Blumenthal,* 910 F.2d at 1054 ("Con la indagación *a posteriori* sobre el carácter injustificado de una medida cautelar se pretende determinar, en retrospectiva y teniendo en cuenta la decisión definitiva del tribunal sobre el fondo del caso tras una vista completa, si de entrada había sido improcedente dictar tal orden judicial"). En algunas circunstancias, incluso una parte que no haya ganado completamente el caso sobre el fondo de la cuestión y a la que se haya impuesto el pago de una indemnización podrá, no obstante, recibir también una indemnización por los daños que le haya ocasionado una medida cautelar dictada de manera injustificada (*Id.* at 1056).

33. El apartado c) del artículo 65 exige imperativamente la prestación de caución, y un tribunal de distrito sólo podrá dispensar a una parte del cumplimiento de este requisito en circunstancias muy limitadas. En algún caso, el hecho de que ni siquiera se haya planteado la cuestión de la caución se ha considerado un error reversible. Por ejemplo, en el caso *Hoxworth c. Blinder, Robinson & Co,* 903 F.2d 186,209-211 (3d Cir.1990), el Tribunal de Apelación del Distrito Judicial Núm. 3 resolvió que el hecho de que el tribunal, en una demanda civil, no hubiera exigido una caución a los demandantes constituía un error reversible. Los Tribunales de Apelación de los Distritos Judiciales Núm. 4, en el caso *District 17, U.M.W.A.V. A & M. Trucking,* 991 F.2d 108, 110 (4th Circ.1993), y Núm. 5, en el caso *Philips c. Chas. Schreiner Bank*, 894 F.2d 127, 131(5th Cir.1990), llegaron también a la misma conclusión.

34. En el caso de que una parte carezca de recursos para pagar una caución y cuando el requisito de prestar caución pueda representar un obstáculo para que dicha parte aplique importantes leyes y derechos federales (como en las demandas por discriminación en el empleo) o pueda limitar la capacidad de esa parte para ejercer su derecho de apelación, el tribunal puede dispensarla del depósito de una caución (*Crowley c. Local Núm. 82*, 679 F.2d 978,1000 (1st Cir. 1982)). Cuando el litigio sea de interés público y el demandante carezca de recursos para pagar la caución (*Pharmaceutical Society c. New York Dep't of Soc. Servs.,* 50 F.3d 1168, 1174-1175 (2d. Cir. 1995)), el tribunal podrá también eximir a dicha parte del cumplimiento del requisito. En otros casos, cuando el demandado no corría el riesgo de sufrir pérdidas monetarias o cuando el demandante poseía los recursos financieros necesarios para pagar eventuales reparaciones (*Continental Oil Co. c. Frontier Ref. Co.,* 338 F.2d 780, 782-783 (10th Cir. 1964)), los tribunales tampoco han exigido el cumplimiento del requisito de prestar caución.

35. El tribunal fija discrecionalmente el importe de la caución (*Alexandria c. Primerica Holdings Inc,* 811 F.Supp. 1025, 1038 (D.N.J. 1993) (véase también el caso *Gateway E. Ry. c. Terminal R.R. Ass'n*, 35 F.3d 1134, 1141-1142 (7th Circ. 1994)).

II. Labor de otras organizaciones internacionales

A. Principios de la Asociación de Derecho Internacional

[Original: inglés]

36. En su 67ª Conferencia, celebrada en 1996, la Asociación de Derecho Internacional (ILA) adoptó los "Principios sobre las Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales"[3] ("los Principios de la ILA"), que se redactaron teniendo presentes los litigios internacionales y diferenciando las medidas a que se refieren los Principios de las medidas cautelares dictadas por un tribunal en apoyo de un arbitraje internacional (estos Principios se reprodujeron literalmente en el párrafo 108 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108). El texto de la disposición relativa a la responsabilidad y del comentario al respecto es el siguiente:

Disposición

"El tribunal deberá estar facultado para exigir del demandante garantías u otras condiciones que permitan subsanar los daños que puedan ocasionarse al demandado o a terceros como consecuencia de la medida otorgada. Para determinar si debe exigir garantía, el tribunal tendrá en cuenta la solvencia del demandante para sufragar toda indemnización eventual de los daños ocasionados."

[3] Asociación de Derecho Internacional (ILA), informes sobre la 67ª Conferencia, celebrada en Helsinki del 12 al 17 de agosto de 1996-Comité de Litigación Civil y Comercial Internacional, segundo informe preliminar sobre las medidas cautelares y provisionales en litigios internacionales (publicación de la ILA, Londres, 1996).

Comentario

Otra salvaguardia para el demandado es que el tribunal puede exigir al demandante garantía u otras condiciones (como el compromiso de indemnizar al demandado si la medida resulta ser injustificada) por los posibles daños que sufra el demandado o un tercero a causa de la medida, por ejemplo si es injustificada o demasiado amplia. Si no bastara con asumir el compromiso de indemnizar por daños y perjuicios y el tribunal considerara la posibilidad de ordenar que se otorgara garantía, habría que considerar también la capacidad del demandante para responder a una demanda por daños y perjuicios (A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 58).

B. American Law Institute/UNIDROIT: proyecto de principios fundamentales y normas de procedimiento civil transnacional

[Original: inglés]

37. El proyecto de principios fundamentales y normas de procedimiento civil transnacional es fruto de una iniciativa conjunta de ambos institutos encaminada a enunciar reglas de procedimiento que podrían adoptar los países para regular la solución de controversias derivadas de operaciones internacionales. En abril de 2003 se revisó el proyecto de principios. El texto de la disposición y del comentario relativos a la indemnización es el siguiente:

Disposición

"8.3 El solicitante de una medida cautelar deberá indemnizar plenamente a la persona contra la que se haya dictado la medida si, en una posterior reconsideración en la que participen otras partes, el tribunal determina que la medida cautelar no debería haber sido otorgada. El tribunal podrá exigir al solicitante de medidas cautelares que preste una caución o que se comprometa formalmente a asumir su deber de indemnización."

Comentario

"P-8F En virtud del principio 8.3, el tribunal está facultado para requerir al demandante una caución u otro tipo de indemnización como garantía para resarcir al demandado de los contratiempos y daños que pueda ocasionar la medida cautelar. Los detalles de la indemnización deberían regirse por la ley del foro. La obligación de indemnizar a la otra parte no debería ser inferible o estar implícita sino que debería enunciarse expresamente y podría formalizarse mediante una caución firmada por un tercero."

E. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 40º período de sesiones: Solución de controversias comerciales: Medidas cautelares

Nota de la Secretaría
(A/CN.9/WG.II/WP.128) [Original: inglés]

Introducción

1. El Grupo de Trabajo, en sus períodos de sesiones 36º (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002) y 37º (Viena, 7 a 11 de octubre de 2002), examinó un proyecto de revisión del artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional ("la Ley Modelo de la CNUDMI") relativo a la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares (A/CN.9/523, párrs. 15 a 76; A/CN.9/508, párrs. 51 a 94; para anteriores debates sobre el tema, véanse los documentos A/CN.9/468, párrs. 60 a 87; A/CN.9/485, párrs. 78 a 106; y A/CN.9/487, párrs. 64 a 87) y estudió diversas propuestas de revisión del artículo 17 (A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 74; A/CN.9/WG.II/WP.121).

2. En su 39º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de noviembre de 2003), el Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI ("el proyecto anterior") basándose en una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.123). El informe sobre este último período de sesiones figura en el documento A/CN.9/545.

3. A fin de facilitar la reanudación de los debates, en esta nota se presenta una nueva versión revisada del artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI ("el proyecto revisado"), que se ha preparado teniendo en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo y las decisiones que éste adoptó en su 39º período de sesiones.

Nuevo proyecto revisado del artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional relativo a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entiende toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes que:

   a) Mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se dirima la controversia;

   b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente lo ocasionarían;

   c) Ofrezca alguna vía [preliminar] para [garantizar] [preservar] ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve ciertas pruebas que pudieran ser de interés o de importancia para resolver la controversia.

3) La parte que solicite la medida cautelar deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que:

a) De no dictarse la medida, es probable que se produzca [un daño irreparable] mucho más grave que el que podría sufrir la parte contra la que se otorgara la medida en caso de ser dictada; y

b) Exista una posibilidad razonable de que la demanda de la parte requirente prospere sobre el fondo del litigio, siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno las determinaciones subsiguientes a que pueda llegar el tribunal arbitral.

4) El tribunal arbitral podrá ordenar a la parte requirente, o a toda otra parte, que deposite la caución que estime oportuna como requisito para otorgar la medida cautelar requerida.

5) La parte requirente deberá informar con prontitud al tribunal arbitral de todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que esa parte presentara la solicitud de la medida cautelar o que el tribunal la otorgara. De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte.

6) El tribunal arbitral podrá, en todo momento, modificar, suspender o levantar toda medida cautelar [que haya dictado] cuando lo solicite una de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación de todas las partes.

[6bis] La parte requirente será responsable de todos los gastos, daños y perjuicios que haya ocasionado la medida cautelar a la parte contra la que se haya dictado la medida a partir de la fecha de su otorgamiento y mientras siga teniendo efectos [en la cuantía que proceda, habida cuenta de todas las circunstancias del caso y en función de lo que disponga el laudo que dirima el fondo del litigio]. El tribunal arbitral podrá ordenar la indemnización inmediata de los daños y perjuicios causados.]

7) a) [Salvo acuerdo en contrario de las partes] [Si las partes lo acuerdan expresamente], el tribunal arbitral podrá [, en supuestos excepcionales,] otorgar una medida cautelar sin notificar a la parte contra la que se otorgue la medida, [si] [cuando la parte requirente demuestre que]:

i) Dicha medida es urgente;

ii) [Se dan los requisitos enunciados en el párrafo 3]; y

iii) [[La parte requirente demuestra que] [la parte requirente aporta al tribunal arbitral pruebas convincentes de que]] es necesario obrar así a fin de que el objetivo de la medida no se vea frustrado antes de haber sido otorgada.

b) La parte requirente será responsable de todos los gastos, daños y perjuicios que haya ocasionado a la parte contra la que se haya dictado la

medida cautelar a partir de la fecha de su otorgamiento y mientras siga teniendo efectos [en la cuantía que proceda, habida cuenta de todas las circunstancias del caso y en función de lo que disponga el laudo que dirima el fondo del litigio]. El tribunal arbitral podrá ordenar la indemnización inmediata de los daños y perjuicios causados.

c) El tribunal arbitral deberá supeditar el otorgamiento de una medida cautelar a que la parte requirente y cualquier otra parte aporten una garantía apropiada.

d) *Variante 1:* El tribunal arbitral tendrá, entre otras competencias, la de pronunciarse [, en cualquier momento del procedimiento de arbitraje,] sobre toda cuestión planteada por el anterior apartado b) o con él relacionada [planteada por los anteriores apartados b) y c) o con ellos relacionada.]

Variante 2: En cualquier momento del procedimiento de arbitraje, toda parte podrá presentar una demanda en virtud del apartado b).

e) *Variante A:* La parte contra la que se haya otorgado la medida cautelar será notificada inmediatamente de la mediada y será dada la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal arbitral a la mayor brevedad posible y, en cualquier caso, en un plazo de [cuarenta y ocho] horas a partir de la notificación, o en todo otro momento o fecha que sea adecuado en las circunstancias del caso.

Variante B: La parte contra la que se haya otorgado la medida cautelar en virtud del presente párrafo será notificada inmediatamente de la medida y le será dada la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal arbitral en un plazo de [cuarenta y ocho] horas a partir de la notificación, o en todo otro momento o fecha que sea adecuado en las circunstancias del caso.

f) Toda medida cautelar dictada en virtud del presente párrafo expirará al transcurrir un plazo de veinte días a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya otorgado, a menos que el propio tribunal haya confirmado, prorrogado o modificado la medida [, a instancia de la parte requirente y] una vez que se haya notificado la medida a la parte requerida y que ésta haya tenido la oportunidad de exponer sus argumentos. De todas las declaraciones, documentos y demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte.

g) Toda parte que solicite una medida cautelar en virtud del presente párrafo deberá [informar al tribunal arbitral de] [presentar al tribunal arbitral información sobre] toda circunstancia que el tribunal arbitral pueda estimar del caso o de interés para determinar [si se han cumplido los requisitos del presente párrafo] [si procede dictar la medida solicitada].

Notas sobre el proyecto revisado

Párrafo 1)

4. El Grupo de Trabajo aprobó sin modificaciones el párrafo 1) (A/CN.9/545, párr. 20).

Párrafo 2)

Carácter exhaustivo de la enumeración de las funciones características de las medidas cautelares

5. El Grupo de Trabajo convino en que, dado que la lista revisada de circunstancias enunciadas en el párrafo 2) abarcaba todos los motivos por los que podía haber que otorgar una medida cautelar, no era necesario dar un carácter no exhaustivo a la enumeración agregando al párrafo un apartado en virtud del cual el tribunal arbitral pudiera dictar una orden cautelar en circunstancias excepcionales (A/CN.9/545, párr. 21).

Introducción del párrafo

6. En el proyecto revisado se han reproducido sin cambios las palabras introductorias del párrafo 2) del proyecto anterior.

Apartados a) y b) - "[a fin de asegurar o de facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente]"

7. El Grupo de Trabajo decidió suprimir las palabras "[a fin de asegurar o de facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente]", pues podía entenderse que con esas palabras se imponía un requisito suplementario que habría de cumplirse antes de poder otorgar una medida cautelar (A/CN.9/545, párr. 22).

Apartado a) - "mantener o restablecer el statu quo"

8. Se convino en mantener en el texto del párrafo el apartado a), en el que se enunciaba el concepto del mantenimiento del *statu quo*, dado que ese concepto estaba muy arraigado en muchos ordenamientos jurídicos como finalidad de las medidas cautelares (A/CN.9/545, párr. 23).

Apartado b) - "que probablemente lo ocasionarían"

9. Se han sustituido las palabras "que pudieran ocasionarlo" por las palabras "que probablemente lo ocasionarían", a fin de cumplir la decisión del Grupo de Trabajo conforme a la cual había que tener en cuenta que, cuando se solicitaba una medida cautelar, a menudo no existían datos suficientes para demostrar que, si una parte no actuaba de una determinada manera o no se abstenía de actuar de tal manera, se produciría inevitablemente un daño. Varias delegaciones pusieron reparos por considerar que con esos términos se podía facilitar excesivamente la obtención de medidas cautelares y dar al tribunal demasiado margen de discreción para dictar una medida cautelar (A/CN.9/545, párr. 25).

Apartado c) – " [preservar] [garantizar] los bienes"

10. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el grupo de redacción que estableciera ulteriormente la Secretaría para armonizar las versiones en los distintos idiomas debería plantearse utilizar términos como "preservar los bienes", en vez de "garantizar los bienes", para dar a entender que de lo que se trata es de conservar los bienes y no de requerir una caución o una garantía jurídica en todos los casos (A/CN.9/545, párr. 26).

Apartado c) – "preliminar"

11. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de mantener o de suprimir la palabra "preliminar", que, a juicio de algunas delegaciones presentes en el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo, podía inducir a error (A/CN.9/545, párr. 26).

Apartado d) – "preserve ciertas pruebas"

12. A pesar de que se consideró que el apartado d) era superfluo en ciertos ordenamientos jurídicos, el Grupo de Trabajo decidió mantener ese apartado en el párrafo 2) por estimar que en las legislaciones de procedimiento civil de los países no siempre se regulaba de modo suficiente la conservación de las pruebas (A/CN.9/545, párr. 27).

Párrafo 3)

Encabezamiento del párrafo

13. La inclusión en el texto de las palabras "La parte que solicite la medida cautelar deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que" refleja la decisión del Grupo de Trabajo conforme a la cual los requisitos probatorios deben formularse de manera neutral y al mismo tiempo debe quedar claro que la carga de la prueba debe imponerse a la parte requirente (A/CN.9/545, párr. 28).

Apartado a) – "[daño irreparable]"

14. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar más a fondo el concepto de "daño irreparable", que se consideró demasiado limitado, ya que en el comercio la mayoría de los daños podían subsanarse con una compensación monetaria. No obstante, otras delegaciones señalaron que el concepto de "daño irreparable" estaba bien arraigado en muchos ordenamientos jurídicos y que constituía un requisito ordinario para que un tribunal dictara medidas cautelares (A/CN.9/545, párr. 29).

Apartado a) – "es probable que se produzca"

15. Por las mismas razones expuestas en el párrafo 9 se ha sustituido la palabra "sufrirá" por las palabras "es probable que se produzca" (A/CN.9/545, párr. 30).

Apartado a) – "la parte contra la que se dictara la medida"

16. Se ha modificado el enunciado de este párrafo por razones de coherencia, dado que el Grupo de Trabajo había decidido que, en vez de las palabras "la parte afectada por la medida", prefería las palabras "la parte contra la que se otorgue la

medida" (A/CN.9/545, párr. 54). En aras de la coherencia, esta modificación se ha introducido en los apartados a) y b) del párrafo 7) y en la variante A del apartado e) del proyecto revisado (véanse los párrafos 35, 44 y 49 *infra*)

Apartado b)

17. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el apartado b) (A/CN.9/545, párrs. 31 y 32).

Párrafo 4)

18. El enunciado del párrafo 4) refleja la decisión del Grupo de Trabajo de suprimir las palabras "[Sin menoscabo de lo dispuesto en el inciso 7 b) ii),] [Salvo que a tenor del inciso 7 b) ii) sea ya imperativo depositar caución,]" por considerar que el resto del párrafo 4) deja en claro que, en cualquier circunstancia, el tribunal arbitral está facultado para exigir que, como requisito para el otorgamiento de una medida cautelar, se deposite previamente una caución (A/CN.9/545, párrs. 33 y 34).

Párrafo 5) (*párrafo 6) del anterior proyecto*)

Ubicación de los párrafos 5) y 6)

19. En el proyecto revisado se ha tenido en cuenta la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de anteponer el párrafo 6) al párrafo 5), por considerar que así se pondría debidamente de relieve la obligación de las partes de informar al tribunal arbitral de todo cambio que se produjera en las circunstancias que hubieran motivado la decisión del tribunal de otorgar la medida cautelar (A/CN.9/545, párrs. 39 y 44).

Comunicación de información a ambas partes

20. La segunda frase del párrafo 5) se basa en la primera frase del párrafo 3) del artículo 24 de la Ley Modelo de la CNUDMI y tenía por objeto aplicar la decisión del Grupo de Trabajo de que de toda información que, en virtud de ese párrafo, una de las partes suministrara al tribunal arbitral debería darse traslado a la otra parte (A/CN.9/545, párr. 45).

"a partir del momento en que solicite la medida"

21. Conforme a lo decidido por el Grupo de Trabajo, se han suprimido las palabras del proyecto anterior ("a partir del momento en que solicite la medida"), dado que el momento a partir del cual debe informarse al tribunal arbitral ya se desprende del resto del párrafo, concretamente de las palabras "que motivaron que esa parte solicitara la medida cautelar" (A/CN.9/545, párr. 46).

"solicitara"

22. A fin de aclarar la obligación de informar, se ha sustituido la palabra "solicitara" por las palabras "presentara la solicitud de" (A/CN.9/545, párr. 46).

Párrafo 6) (*párrafo 5) del proyecto anterior*)

Ubicación del párrafo 6)

23. Por las mismas razones mencionadas en el contexto del examen del párrafo 5) del proyecto revisado (véase el párrafo 19 *supra*), el Grupo de Trabajo decidió cambiar la numeración, de modo que el párrafo 6) pasara a ser el párrafo 5) y el párrafo 5) se convirtiera en párrafo 6) (A/CN.9/545, párrs. 39 y 44).

"modificar o levantar"

24. A fin de que el texto fuera más completo y de que hubiera una mayor coherencia entre los proyectos de artículo 17 y 17 bis, en el párrafo 6) se emplearán, en vez de las palabras "modificar o levantar", las palabras "modificar, suspender o levantar" (A/CN.9/545, párr. 35).

"[, a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio de circunstancias que lo justifique]"

25. El Grupo de Trabajo convino en suprimir las palabras del proyecto anterior "[, a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio de circunstancias que lo justifique]", dado que en general los árbitros expondrían en el texto de su decisión las razones por las que hubieran decidido otorgar la medida cautelar, y también porque esas palabras podían interpretarse como una restricción indebida de la facultad discrecional de los árbitros para otorgar o denegar una medida cautelar (A/CN.9/545, párr. 36).

Modificación de una medida cautelar por iniciativa del tribunal arbitral

26. Tras deliberar sobre la cuestión de si el tribunal arbitral podía modificar o levantar por iniciativa propia una medida cautelar y, en caso afirmativo, decidir los requisitos que debían cumplirse (A/CN.9/545, párrs. 37 a 40), el Grupo de Trabajo decidió enmendar el enunciado del párrafo 6) de la forma en que figura en el proyecto revisado.

27. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si el texto del párrafo revisado, en el que figuran entre corchetes las palabras "que haya dictado", refleja su decisión de que el tribunal arbitral sólo podrá modificar o levantar las medidas cautelares que haya otorgado él mismo, tanto si ha actuado a instancia de una parte como si ha dictado la medida por iniciativa propia (A/CN.9/545, párr. 41).

Párrafo 6 bis)

Disposición general sobre la responsabilidad

28. Se planteó el problema de que, a diferencia de lo que establecía el párrafo 7 b), en el párrafo 6 bis) no figuraba ninguna disposición que regulara la responsabilidad en el caso de las medidas cautelares dictadas *inter partes* que posteriormente resultaran haber estado injustificadas (A/CN.9/545, párrs. 48, 60 y 61). En apoyo de que se previera en el texto una disposición general sobre la responsabilidad, se observó que tanto las medidas dictadas *ex parte* como las otorgadas *inter partes*, podían acabar resultando injustificadas y perjudiciales para la parte demandada. No obstante, suscitó reparos la sugerencia de que el párrafo 7 b) fuera aplicable de

forma general a ambos tipos de medidas, dado que la responsabilidad objetiva que imponía el párrafo 7 b) era acorde con el carácter de las medidas cautelares dictadas a instancia de parte, debido a los riesgos inherentes al procedimiento. Por otra parte, se observó que todo falseamiento o error en que se incurriera en el régimen de las medidas cautelares dictadas *inter partes* podría regirse por el derecho procesal interno de los países.

29. El párrafo 6 bis) del proyecto revisado se ha redactado en función de la decisión del Grupo de Trabajo de que, con miras a reanudar las deliberaciones al respecto, se agregue al proyecto revisado un nuevo párrafo, que refleje el texto del párrafo 7 b) en lo referente a las medidas *inter partes* (A/CN.9/545, párr. 60). En el párrafo 6 bis) se han recogido también, respecto de la disposición correspondiente relativa a las medidas cautelares *ex parte*, las siguientes modificaciones convenidas por el Grupo de Trabajo (véanse las observaciones relativas al párrafo 7 b) del proyecto revisado, en el párrafo 43 *infra* y en el párrafo 66 del documento A/CN.9/545):

- la parte contra la que vaya dirigida la medida tendrá derecho a reclamar indemnización inmediatamente después de que el tribunal arbitral haya otorgado la medida cautelar y a que se le otorgue de inmediato una indemnización por daños y perjuicios; y
- sólo habrá lugar a indemnizar los daños causados por la medida cautelar desde el momento en que la medida sea dictada y hasta que la medida deje de producir efectos.

Conviene señalar que, en la forma en que está enunciado, el párrafo 6 bis) no resuelve el problema de la posible diferencia que puede haber entre el momento en que se dicte la medida y el momento en que ésta surta efecto. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar más detenidamente esa cuestión.

30. Al examinar el párrafo 6 bis), el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar en consideración el problema señalado en su anterior período de sesiones de que en el enunciado del párrafo no se definen con suficiente claridad los daños resarcibles y las circunstancias en que habría que indemnizarlos, pues cabría entender que deberían repararse tanto los daños directos como los daños indirectos o emergentes que causara la medida, o que podría ordenarse la indemnización en función de si la medida hubiera resultado justificada o injustificada. Se expresaron opiniones divergentes sobre si convenía definir con criterios más amplios el alcance de los daños (previendo salvaguardias adecuadas) o de forma más restringida (limitando la aplicación de la disposición a los daños directos) (A/CN.9/545, párr. 64) y sobre si la parte requirente sólo debiera ser tenida por responsable cuando posteriormente se comprobara que la medida no había estado justificada. Se planteó el problema de cómo debía entenderse la palabra "injustificada" y de si el concepto de medidas "injustificadas" debía interpretarse prescindiendo de todo otro criterio o teniendo en cuenta el modo en que se resolviera el fondo del litigio. Se expresó la fuerte convicción de que la decisión final sobre el fondo del litigio no debería ser un elemento esencial para determinar si la medida cautelar había estado justificada o no (A/CN.9/545, párr. 65). Se estimó que las palabras "en la cuantía que proceda" deberían mantenerse con el fin de indicar que la medida era legítima. En cambio, según otras delegaciones, las palabras que figuraban entre corchetes eran

innecesarias, ya que no aportaban ningún elemento nuevo. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar estas cuestiones con mayor detenimiento (A/CN.9/545, párr. 68).

31. Con miras a la preparación de las ulteriores deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el tema, se convino en la necesidad de examinar más a fondo el modo en que se regulaba el régimen de la responsabilidad aplicable a las medidas cautelares en las distintas legislaciones nacionales. Se invitó a las delegaciones a que hicieran llegar al Grupo de Trabajo información pertinente al régimen de la responsabilidad que la legislación de sus respectivos países aplicaba en lo relativo a las medidas cautelares. La información presentada por las delegaciones se ha recogido en el documento A/CN.9/WG.II/WP.127.

Párrafo 7)

Apartado a)

"[Salvo acuerdo en contrario de las partes] [Si las partes lo acuerdan expresamente]"

32. Los dos grupos de palabras entre corchetes "[Salvo acuerdo en contrario de las partes] [Si las partes lo acuerdan expresamente]" se han incluido en el proyecto revisado para tener en cuenta las opiniones expresadas en el Grupo de Trabajo sobre si las medidas cautelares *ex parte* deberían constituir medidas supletorias o si sólo deberían ser aplicables cuando las partes hubieran convenido expresamente acogerse al régimen legal instituido por el párrafo 7). Ambas opciones recibieron cierto apoyo, por lo que el Grupo de Trabajo tal vez desee adoptar una decisión al respecto (A/CN.9/545, párr. 52).

"en supuestos excepcionales"

33. El Grupo de Trabajo no llegó a un consenso sobre si convenía mantener en el texto del apartado las palabras "en supuestos excepcionales" (A/CN.9/545, párr. 53) y el Grupo de Trabajo tal vez desee seguir deliberando al respecto.

34. Se expresaron las siguientes opiniones (véase A/CN.9/545, párr. 53):

- Por una parte, se estimó que esas palabras eran redundantes, dado que en los incisos i) a iii) del apartado a) sólo se hacia referencia a supuestos excepcionales;
- Por otra parte, se consideró necesario puntualizar que las palabras "en supuestos excepcionales" se referían únicamente a las circunstancias enumeradas en los incisos i) a iii) del apartado a);
- En cambio, otras delegaciones abogaron por el mantenimiento de esas palabras en el texto a fin de hacer hincapié en que las medidas cautelares *ex parte* sólo deberían otorgarse en circunstancias excepcionales y, en apoyo de ese argumento, se sostuvo que las circunstancias enumeradas en el apartado a) no eran necesariamente supuestos excepcionales.

"[contra la que se otorgue la medida] [afectada por la medida]"

35. El Grupo de Trabajo convino que las palabras "contra la que se otorgue la medida" eran preferibles a las palabras "afectada por la medida", ya que estas

últimas podían resultar ambiguas, habida cuenta de la cantidad de partes que podrían verse "afectadas" por una medida cautelar (A/CN.9/545, párr. 54). Esta modificación se ha aplicado ya al artículo 3) a), al artículo 7) b) y a la variante A del párrafo 7) e) del proyecto revisado (véase el párrafo 16 *supra* y los párrafos 44 y 49 *infra*).

"[si][cuando la parte requirente demuestre que]"

36. Conforme a lo acordado por el Grupo de Trabajo, las palabras "la parte requirente demuestra que", o cualesquiera otras palabras que se convenga emplear en el inciso iii) del apartado a) (véase el párrafo 40 *infra*), se han trasladado al encabezamiento del apartado a) del artículo 7) a fin de aclarar que se aplican a todos los elementos del apartado a) y no únicamente a su inciso iii) (A/CN.9/545, párr. 58). Si el Grupo de Trabajo adopta esta sugerencia, convendrá ajustar en consecuencia el enunciado del inciso iii) del apartado a).

Inciso i) del apartado a)

37. El Grupo de Trabajo consideró que el contenido del inciso i) del apartado a) era en general aceptable (A/CN.9/545, párr. 55).

Inciso ii) del apartado a)

38. La nueva redacción obedece a la decisión que adoptó el Grupo de Trabajo de sustituir la palabra "requisitos" (*circumstances*) por la palabra "condiciones", a fin de que el texto del inciso se ajustara más a carácter de la lista enunciada en el párrafo 3) (A/CN.9/545, párr. 56).

39. El Grupo de Trabajo no adoptó ninguna decisión definitiva sobre si convenía o no mantener en el texto el inciso ii). Según una delegación, el inciso ii), al referirse únicamente a los supuestos enunciados en el párrafo 3), podía dar a entender que los párrafos 5) y 6) no eran aplicables a las medidas cautelares dictadas *ex parte*. Se recordó que el inciso ii) se había incluido en el texto con el fin de disipar toda duda sobre si las condiciones exigibles para el otorgamiento de medidas cautelares *inter partes* serían también aplicables al otorgamiento de medidas cautelares *ex parte*. Se estimó que, si al hacerse hincapié en este punto, se suscitaban dudas sobre si los otros párrafos eran aplicables o no, habría que suprimir el inciso ii) del apartado a) (A/CN.9/545, párr. 56). El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar más detenidamente la cuestión.

Inciso iii) del apartado a)

40. El Grupo de Trabajo no adoptó ninguna decisión definitiva sobre si las palabras "la parte requirente demuestra que" debía concordar con la enmienda que se había convenido para la introducción del párrafo 3), concretamente con las palabras "la parte que solicite la medida cautelar deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que" (véase el párrafo 13 *supra*). La propuesta suscitó reparos por estimarse que para las medidas cautelares dictadas a instancia de parte deberían exigirse criterios probatorios más estrictos (A/CN.9/545, párr. 57). El Grupo de Trabajo tal vez desee continuar examinando esta cuestión.

41. No obstante, el Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que las palabras "la parte requirente demuestra que" se ajustaran y se trasladaran a la introducción del apartado a) del párrafo 7), diciendo "cuando la parte requirente demuestre que", a fin de dejar claro que se aplicaban a todos los elementos del apartado a), y no únicamente a su inciso iii) (A/CN.9/545, párr. 58). En el proyecto revisado se ha tenido en cuenta esta sugerencia.

Apartado b) (inciso i) del apartado b) del proyecto anterior)

42. El nuevo proyecto se ha redactado teniendo en cuenta la opinión de que los incisos i) y ii) del anterior proyecto no deberían figurar agrupados bajo el apartado b), pues versaban sobre dos cuestiones distintas, que eran, respectivamente, la responsabilidad y el depósito de una caución (A/CN.9/545, párr. 62).

Disposición concreta sobre la responsabilidad en caso de medidas cautelares dictadas a instancia de parte

43. Tal como se ha mencionado en los párrafos 28 a 31, el Grupo de Trabajo convino en proseguir sus deliberaciones sobre el régimen de la responsabilidad, centrándose en el examen de la disposición referente a la responsabilidad en el contexto de las medidas cautelares dictadas *inter partes* (A/CN.9/545, párr. 60). Si se introduce en el texto un régimen general de la responsabilidad, será preciso que el Grupo de Trabajo examine si es necesario adoptar una disposición suplementaria que rija concretamente la responsabilidad en el caso de las medidas cautelares dictadas *ex parte*.

"[contra la que se otorgue la medida] [afectada por la medida]"

44. Se prefirió retener el primer grupo de palabras entre corchetes, a fin de mantener la coherencia con las palabras empleadas en el apartado a) del párrafo 3), en el apartado a) del párrafo 7) y en la variante A del apartado e) del párrafo 7) (A/CN.9/545, párr. 67) (véanse los párrafos 16 y 35 *supra* y el párrafo 49 *infra*).

Apartado c) (inciso ii) del apartado b) del proyecto anterior)

45. Al redactar de nuevo este apartado se ha cumplido la decisión del Grupo de Trabajo, el cual estimó que, por motivos de coherencia, el texto del apartado debía hacerse concordar con las palabras empleadas en el párrafo 4) relativo al depósito de una caución en el contexto de las medidas cautelares dictadas *inter partes*, con excepción de la forma verbal "podrá", que podría sustituirse por "deberá" (A/CN.9/545, párr. 69).

46. El proyecto revisado reflejaba la decisión del Grupo de Trabajo conforme a la cual, a fin de dar mayor relieve a las salvaguardias requeridas en el contexto de las medidas cautelares dictadas a instancia de parte, el apartado c) debería constituir un requisito imperativo para el otorgamiento de ese tipo de medidas (A/CN.9/545, párr. 70).

Apartado d) (apartado c) del proyecto anterior)

47. En el apartado d) del proyecto revisado se han previsto dos variantes. La variante 1 se basa, con ligeras modificaciones, en el texto del enunciado del apartado c) del anterior proyecto. Tal como decidió el Grupo de Trabajo, se han suprimido las palabras "para no dar lugar a dudas," (A/CN.9/545, párr. 73).

48. En la variante 2 del apartado d) se ha plasmado la sugerencia hecha en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo conforme a la cual, dado que no cabía duda de que la cuestión del depósito de una caución era competencia del tribunal arbitral en virtud del apartado c) del párrafo 7), el alcance del apartado d) debería restringirse a lo previsto en el apartado b) (A/CN.9/545, párr. 72). El Grupo de Trabajo convino en seguir examinando la cuestión de si el apartado d) debía ser aplicable a los apartado b) y c) o únicamente al apartado b), así como en examinar más detenidamente la propuesta de que el tribunal arbitral sólo pudiera ejercer esa competencia hasta el momento en que dictara el laudo (A/CN.9/545, párr. 72).

Apartado e) (apartado d) del proyecto anterior)

49. Se recordó que, tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió reanudar en su siguiente período de sesiones sus deliberaciones sobre este apartado basándose en las dos variantes que se reproducían en el proyecto revisado (A/CN.9/545, párrs. 75 a 79 y 81). Se recordó que si bien se había apoyado la variante A del apartado e) porque preveía flexibilidad y daba un margen de discreción al tribunal para decidir cuándo la parte demandada tenía derecho a ser oída, se señaló el inconveniente de que en la propuesta no se especificaba con suficiente claridad el momento en el que debería notificarse la medida a dicha parte. En caso de que se adopte la variante B del apartado e), el Grupo de Trabajo tal vez desee confirmar si deben mantenerse también en el texto las palabras "la parte contra la que se haya otorgado" (A/CN.9/545, párr. 74) o si, en el contexto del apartado e), era preferible emplear las palabras "toda parte afectada por la medida cautelar".

50. Algunas delegaciones se mostraron escépticas ante la inclusión en el nuevo proyecto de un plazo de 48 horas o de cualquier otro plazo, ya que la disposición podría resultar excesivamente rígida e inadecuada, según las circunstancias. Se señaló asimismo que si se introdujeran en el texto palabras en virtud de las cuales el tribunal pudiera estudiar otro momento o fecha que fuera adecuado en las circunstancias del caso, podría darse una mayor flexibilidad al apartado, pero al mismo tiempo podía resultar ilógico mantener en la misma disposición una referencia a un plazo fijo. No obstante, predominó la opinión de que la previsión de un plazo fijo tenía dos objetivos: poner de relieve la urgencia de que el tribunal arbitral escuche a la otra parte y avisar al tribunal arbitral de que podría tener que reunirse de nuevo para dar a la parte requerida la oportunidad de ser oída (A/CN.9/545, párr. 79).

51. El Grupo de Trabajo convino en que se sustituyeran las palabras "oportunidad de ser oída" por las palabras "oportunidad de exponer sus argumentos", a fin de prever las posibilidades de que la parte requerida presentara verbalmente sus argumentos en una audiencia o de que los expusiera de forma escrita (A/CN.9/545, párr. 80).

52. Será preciso volver a examinar el enunciado del apartado e) cuando el Grupo de Trabajo estudie la cuestión de si debe permitirse la ejecución de una medida cautelar dictada a instancia de parte (A/CN.9/545, párr. 82).

Apartado f) (apartado e) del proyecto anterior)

53. El proyecto revisado se ha redactado conforme a la decisión que adoptó el Grupo de Trabajo de simplificar el texto de este apartado (A/CN.9/545, párrs. 83 y 84) y de que se le agregara el requisito de que la parte requirente facilitara a la parte requerida el material que respaldaba su solicitud de la medida cautelar (A/CN.9/545, párr. 86).

54. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar con mayor detenimiento la cuestión de si procede imponer a la parte beneficiaria de la medida la carga de solicitar al tribunal arbitral que prorrogue sus efectos una vez transcurridos los veinte días (A/CN.9/545, párr. 87), tal como disponen las palabras que figuran entre corchetes en el proyecto revisado.

Apartado g) (apartado f) del proyecto anterior)

55. Este proyecto de apartado se ha revisado teniendo en cuenta las propuestas formuladas que se detallan a continuación (véase A/CN.9/545, párrs. 91 y 92):

- Por una parte, se propuso que se sustituyeran las palabras “estará obligada a informar” por las palabras “deberá informar con prontitud”. No obstante, se consideró que la palabra “prontitud” resultaba más apropiada para regular una obligación continua de informar sobre todo cambio que se produjera en las circunstancias. También se expresó la opinión de que el requisito de “informar al tribunal arbitral” era tal vez demasiado limitado y que tal vez fuera preferible emplear palabras como “deberá presentar al tribunal”.
- Por otra parte, se propuso enmendar el apartado con un texto del siguiente tenor: “La parte que solicite una medida cautelar con arreglo al presente párrafo deberá [informar con prontitud] al tribunal arbitral de toda circunstancia que el tribunal estime del caso o de interés para determinar si se cumplen o no los requisitos enunciados en el presente párrafo”. A fin de dejar en claro que el tribunal arbitral conserva en cualquier caso el poder discrecional de otorgar o de denegar una medida cautelar, se sugirió que se sustituyeran las palabras “si se cumplen o no los requisitos enunciados en el presente párrafo” por las palabras “si procede dictar la medida solicitada”. Si el Grupo de Trabajo se inclina por esta segunda opción, tal vez desee, por razones de coherencia con el párrafo 1), que se sustituyan las palabras “dictar la medida solicitada” por las palabras “otorgar la medida cautelar”.
- Según otra opinión, convendría introducir en el texto propuesto cierta flexibilidad como la que preveía el texto original del apartado f). Con tal fin, habría que mantener en el proyecto revisado las palabras “toda circunstancia que sea probable que el tribunal estime del caso o de interés para determinar”.

F. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 40º período de sesiones: Solución de controversias comerciales: Medidas cautelares

Propuesta de la Cámara de Comercio Internacional

(A/CN.9/WG.II/WP.129) [Original: inglés]

El 2 de febrero de 2004, la Secretaría recibió una propuesta del Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ("la CCI") acerca de los proyectos revisados de artículos 17 y 17 bis de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, relativos, respectivamente, a las medidas cautelares otorgadas por tribunales arbitrales y al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares. Los proyectos de artículo en que se basan esas observaciones se reproducen en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.123, A/CN.9/WG.II/WP.125 y A/CN.9/545. El texto de la propuesta, que incluye las modificaciones propuestas a los artículos 17 y 17 bis, se adjunta como anexo a la presente nota en la forma en que lo recibió la Secretaría.

ANEXO

OBSERVACIONES Y PROPUESTA DEL SECRETARIO GENERAL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CCI

Como sabrán, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI valora enormemente la oportunidad de participar como observadora en los debates del Grupo de Trabajo II (Arbitraje) acerca de las posibles modificaciones del artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Entendemos que la Ley Modelo se propone reflejar un consenso mundial sobre los principios y las cuestiones importantes de la práctica del arbitraje internacional que aceptan los Estados de todas las regiones. A este respecto, esperamos que nuestra experiencia, que es fruto de más de 13.000 arbitrajes organizados en todo el mundo en los últimos 80 años, pueda ser útil a los delegados cuando examinen si se ha de modificar o no el artículo 17, y en caso afirmativo, de qué manera.

El Reglamento de Arbitraje de la CCI autoriza expresamente a las partes a solicitar medidas cautelares tanto a los tribunales arbitrales como a los tribunales estatales. En los casos de que hemos conocido, hemos visto a los tribunales arbitrales otorgar medidas cautelares por las cuales, entre otras cosas, se exigía la presentación de documentos, se ordenaba a una parte la constitución de una garantía bancaria, o se prohibía a una parte la transferencia de acciones o el cobro de una garantía bancaria.

De las partes que han solicitado medidas cautelares a los tribunales arbitrales en los arbitrajes de la CCI, ninguna lo ha hecho *ex parte* (es decir, sin dar aviso previo a la otra parte). Sin embargo, a comienzos de 2000 tuvimos un caso en que una parte solicitó a un tribunal arbitral medidas cautelares *inter*

partes (es decir, dando aviso previo a la otra parte) y el tribunal arbitral otorgó las medidas cautelares sin oír primero a la parte contraria. Pero ésta fue claramente una actuación equivocada, y el tribunal arbitral retiró su orden ante la protesta de la parte contraria y pidió disculpas por haber actuado prematuramente.

También tuvimos un caso, en 2001, en que una parte solicitó a un tribunal arbitral una medida cautelar mediante un procedimiento *inter partes* y el tribunal arbitral pidió a la parte contraria que no adoptara ninguna medida en relación con los bienes en cuestión hasta que el tribunal hubiese adoptado su decisión. La parte contraria accedió voluntariamente a la solicitud del tribunal arbitral. Tras haber recibido las comunicaciones de la parte contraria, el tribunal arbitral otorgó las medidas cautelares.

A la luz de nuestra experiencia, creemos que la práctica con respecto a las medidas cautelares -particularmente a la forma en que se tramitan esas solicitudes en los tribunales arbitrales- aún está evolucionando. De hecho, existe que sepamos un consenso mundial respecto de las normas y prácticas relativas a la concesión de medidas cautelares por los tribunales arbitrales. Por consiguiente, creemos que hay que proceder con cautela al examinar las posibles modificaciones del artículo 17, en particular si se trata de ampliar las actuales facultades de los tribunales arbitrales de otorgar medidas cautelares. Teniendo presente esta consideración, quisiéramos hacer las siguientes observaciones sobre los proyectos de artículo 17 y 17 bis en su forma actual.

Creemos que algunas de las modificaciones propuestas pueden ayudar a las partes y a los árbitros en la práctica relativa a las medidas cautelares. Concretamente, que la articulación de normas para la imposición de medidas cautelares (véase el párrafo 3 del proyecto de artículo 17) ayudará a las partes a formular sus solicitudes y a los tribunales arbitrales a evaluar las que reciban. De la misma manera, nos parece que establecer normas que rijan la ejecución de las medidas cautelares (véanse los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 17 bis) podría ayudar a los tribunales estatales a evaluar los efectos de esas medidas.

Sin embargo, otros de los cambios propuestos nos preocupan. En concreto, las modificaciones propuestas que: 1) permitirían a los tribunales arbitrales dictar medidas cautelares a instancia de parte (véase el párrafo 7 del proyecto de artículo 17); y 2) permitirían la ejecución de medidas por los tribunales estatales - también, en determinadas circunstancias, a instancia de parte (véase el párrafo 6 del proyecto de artículo 17 bis).

La incorporación de tales disposiciones en la Ley Modelo haría de ésta un instrumento considerablemente diferente de las leyes de arbitraje de los principales centros de arbitraje internacional (por ejemplo, París, Suiza, Londres y Nueva York). Tales disposiciones estarían en conflicto también con muchos de los reglamentos de arbitraje bien asentados, como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Ello socavaría la función de la Ley Modelo como norma internacional que refleje un consenso mundial, reduciendo así su utilidad para los países que desean armonizar su derecho de arbitraje con el de otras jurisdicciones.

Sobre la base de nuestra experiencia, no tenemos motivo para creer que las partes esperen o deseen que sus tribunales arbitrales tengan facultades para actuar *ex parte.* Si la Ley Modelo se enmendara para establecer esas facultades (y la Ley Modelo enmendada fuera promulgada por las legislaturas de los Estados), las partes bien informadas podrían rehuir los lugares de arbitraje de los países que aplicaran la Ley Modelo y las partes que no tuvieran conocimiento de ello podrían acudir a ellos desprevenidas. Creemos que para que la Ley Modelo promueva al máximo el desarrollo del arbitraje internacional, sus disposiciones deben responder a las expectativas razonables y las intenciones comunes de las partes.

Decimos esto, en especial, porque la perspectiva de que un tribunal arbitral ordene medidas cautelares a instancia de parte plantea cuestiones relacionadas con las debidas garantías procesales. La parte que queda excluida de un procedimiento *ex parte* puede no llegar a saber nunca todo lo que se comunicó al tribunal arbitral, particularmente si las comunicaciones fueron orales, y albergar la preocupación razonable de que el tribunal arbitral, al decidir la solicitud *ex parte*, prejuzgó cuestiones sustantivas de la causa. De esta manera, la concesión por un tribunal arbitral de medidas cautelares a instancia de parte podría socavar la confianza de las partes en el proceso de arbitraje y hacer de éste un medio menos atractivo para resolver las controversias. Además, en los países de la Ley Modelo en que el poder judicial local no es particularmente favorable al desarrollo del arbitraje, el establecimiento de esas facultades podría surtir el efecto de frenar aún más ese desarrollo.

En vista de estas preocupaciones, quisiéramos proponer que se eliminen las disposiciones de los actuales proyectos de artículo 17 y artículo 17 bis que otorgan a los tribunales arbitrales la facultad de ordenar medidas cautelares a instancia de parte y disponen que esas medidas son ejecutables por los tribunales estatales. En su lugar, los delegados podrían examinar la posibilidad de introducir disposiciones que regulen las situaciones en que un tribunal arbitral recibe una solicitud de medidas cautelares *inter partes* respecto de la cual cree tener que actuar antes de que la otra parte haya tenido la plena oportunidad de responder. Como ya se mencionó, esta situación se nos ha planteado en dos casos. Permitir que los tribunales arbitrales concedan medidas cautelares que mantengan el *statu quo* -a partir de solicitudes que se hayan comunicado a todas las partes y que se otorguen con previo aviso a todas las partes- podría ayudar a los tribunales arbitrales que reciban solicitudes urgentes respecto de las cuales sea necesario adoptar una decisión antes de que la parte contraria haya podido exponer sus puntos de vista. Como la parte contraria no había sido escuchada, recomendaríamos que esas medidas cautelares no sean ejecutables por los tribunales estatales con arreglo al artículo 17 bis u otra legislación análoga. En cambio, la parte que haya violado una medida cautelar podrá ser objeto de una reclamación por daños y perjuicios en el arbitraje pendiente. Una vez que ambas partes hayan tenido la oportunidad de hacerse oír, el tribunal arbitral podrá dictar una medida cautelar que sea ejecutable en los tribunales estatales con arreglo al artículo 17 bis u otra legislación análoga.

Los siguientes textos revisados de los artículos 17 y 17 bis reflejan nuestras sugerencias. Deseamos señalar que no estamos sugiriendo que los textos que

proponemos se incorporen en la Ley Modelo misma. Creemos, más bien, que en vista de la evolución de las prácticas y de la falta de un consenso mundial en esta esfera, cualquier variante del artículo 17 (incluido el artículo 17 bis) que se acabe aprobando debería incluirse en un apéndice a la Ley Modelo.

Por último, deseamos señalar que el Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, Dr. Robert Briner, participó en la preparación de esta carta y aprobó su contenido.

Modificaciones propuestas al artículo 17, párrafo 7

a) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá ~~[, en supuestos excepcionales,]~~ otorgar una medida cautelar, sin ~~previo aviso~~ dar a la parte [contra la que se otorgue la medida] [afectada por la medida] la oportunidad [de oponerse a la medida] [de ser oída], cuando:

i) dicha medida sea urgente;

ii) se den los requisitos enunciados en el párrafo 3); y

iii) la parte requirente haga ver la necesidad de obrar así a fin de que la finalidad de la medida no se vea frustrada antes de haber sido otorgada.

b) La parte requirente:

i) será responsable de todo daño o gasto que la medida ocasione a la parte [contra la que vaya dirigida] [afectada por la misma] [en la cuantía que proceda, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, en función de lo que disponga el laudo que dirima el fondo del litigio]; y

ii) deberá depositar una caución en la forma que el tribunal arbitral considere adecuada [, para responder de todo daño o gasto ocasionado conforme a lo previsto en el inciso i],] [como requisito para otorgar una medida requerida en el marco del presente párrafo].

iii) Deberá dar aviso de la solicitud de la medida a la parte [contra la que vaya dirigida] [afectada por la misma] en el momento en que presente dicha solicitud.

c) [Para no dar lugar a dudas,] el tribunal arbitral será competente para pronunciarse, entre otras cosas, sobre toda cuestión suscitada por el anterior [apartado b]] o con él relacionada].

d) [La parte [contra la que vaya dirigida] [afectada por] una medida cautelar otorgada con arreglo al presente párrafo ~~será notificada de la medida y le será dada~~ tendrá la oportunidad [de oponerse a la medida y] de ser oída por el tribunal arbitral ~~[tan pronto como lo permita la necesidad de actuar a instancia de parte para garantizar la eficacia de la medida]~~ [dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación, o en todo otro momento o fecha que sea adecuado en las circunstancias del caso].]

e) Toda medida cautelar impuesta con arreglo a este párrafo no será válida por más de veinte días [a partir de la fecha en que el tribunal arbitral imponga la medida] [a partir de la fecha en que la medida surta efecto frente a la otra

parte], plazo que no será prorrogable. No se verá afectada por lo dispuesto en el presente apartado la autoridad del tribunal arbitral para otorgar, confirmar, prorrogar o modificar una medida cautelar con arreglo a lo previsto en el párrafo 1] una vez que la parte [contra la que vaya dirigida la medida] [afectada por la medida] ~~haya sido notificada de la misma y~~ haya tenido oportunidad de [oponerse a la medida] [y de] ser oída.]

f) La parte que solicite una medida cautelar con arreglo al presente párrafo estará obligada a informar al tribunal arbitral de toda circunstancia que sea probable que el tribunal estime del caso o de interés para su determinación de si se cumplen o no los requisitos enunciados en el presente párrafo.]

Notificaciones propuestas al artículo 17 bis, párrafos 1 y 6

1) A reserva de lo dispuesto en el presente artículo, toda medida cautelar adoptada por un tribunal arbitral que satisfaga los requisitos del artículo 17, a excepción de las medidas cautelares que se adopten en virtud del párrafo 7 del artículo 17, se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada previa presentación [por escrito] a un tribunal competente de una solicitud, independientemente del país en que se haya formulado.

El párrafo 6 del artículo 17 bis debería suprimirse en su totalidad.

III. DERECHO DEL TRANSPORTE

A. Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 12º período de sesiones (Viena, 6 a 17 de octubre de 2003)

(A/CN.9/544) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
I.	Introducción	1-10
II.	Deliberaciones y decisiones	11
III.	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	12-181
	A. Metodología para la continuación de los trabajos	12-15
	B. Cuestión preliminar: título del proyecto de instrumento	16-19
	C. Examen de temas clave del proyecto de instrumento	20-181
	1. Ámbito de aplicación y partes ejecutantes	20-42
	a) Debate general	20-27
	b) Definiciones de "parte ejecutante marítima" y "parte ejecutante no marítima"	28-33
	c) Definición de "parte ejecutante" en el artículo 1 e)	34-42
	2. Ámbito de aplicación y daño ubicable en algún tramo o sin localizar (proyecto de artículo 18 2))	43-50
	3. Ámbito de aplicación: definición del contrato de transporte y regulación del tramo marítimo (proyectos de artículo 1 a) y 2)	51-84
	a) Debate general sobre las tres variantes del párrafo 1 del proyecto de artículo 2	53-56
	b) Proyectos de artículo 1 a) y de artículo 2, párrafo 1	57-75
	c) Proyecto de artículo 2, párrafo 2	76
	d) Proyecto de artículo 2, párrafo 3	77-82
	e) Proyecto de artículo 2, párrafo 4	83
	f) Proyecto de artículo 2, párrafo 5	84
	4. Exenciones de responsabilidad, error o falta de navegación, y carga de la prueba (proyecto de artículo 14)	85-144
	a) Párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 14	85-116
	b) Lista de "peligros exceptuados" en el artículo 14	117-129
	c) Nuevo párrafo 3 del proyecto de artículo 14	130-134
	d) Disposición del proyecto de artículo 14 relativa a la distribución de responsabilidad en caso de causas concurrentes de los daños	135-144

5. Obligaciones del porteador aplicables al viaje por mar (proyecto de artículo 13) 145-157
6. Responsabilidad de las partes ejecutantes (proyecto de artículo 15) 158-181
a) Debate general 159-160
b) Párrafo 1 160-162
c) Párrafo 2 163-165
d) Párrafo 3 166-170
e) Párrafo 4 171-172
f) Párrafo 5 173-176
g) Párrafo 6 177-181
IV. Otros asuntos 182-183

I. Introducción

1. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión estableció el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) y le encomendó la labor de preparar, en estrecha colaboración con las organizaciones internacionales interesadas, un instrumento legislativo sobre cuestiones relacionadas con el transporte internacional de mercancías por mar , tales como el ámbito de aplicación del futuro instrumento, el período de responsabilidad del porteador, las obligaciones de éste y su régimen de responsabilidad, las obligaciones del cargador y los documentos de transporte[1]. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión aprobó la hipótesis de trabajo de que el proyecto de instrumento regulara las operaciones de transporte de puerta a puerta, a reserva de que se reexaminara el ámbito de aplicación del nuevo régimen una vez que el Grupo de Trabajo hubiera estudiado las disposiciones sustantivas del proyecto de instrumento y comprendiera mejor su funcionamiento en el marco de las operaciones de puerta a puerta[2].

2. En su 36º período de sesiones, celebrado en julio de 2003, la Comisión dispuso de los informes de los períodos de sesiones décimo (Viena, 16 a 20 de septiembre de 2002) y 11° (Nueva York, 24 de marzo a 4 de abril de 2003) del Grupo de Trabajo (A/CN.9/525 y A/CN.9/526, respectivamente).

3. La Comisión era consciente de la magnitud del proyecto emprendido por el Grupo de Trabajo y expresó su reconocimiento por los progresos realizados hasta la fecha. Se consideró en general que el Grupo de Trabajo, tras haber concluido, en fecha reciente, la primera lectura del proyecto de instrumento sobre el derecho del transporte, había llegado a una etapa particularmente difícil de su labor. La Comisión observó que quedaba por examinar un considerable número de cuestiones

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr. 3), párr. 345.
[2] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párr. 224.

controvertidas relacionadas con el ámbito de aplicación y distintas disposiciones del proyecto de instrumento. Para poder seguir avanzando en la labor era necesario lograr un equilibrio delicado entre los diversos intereses conflictivos que estaban en juego. Se expresó la opinión de que cabría adoptar un instrumento para las operaciones de puerta a puerta, llegando a una transacción en lo relativo a la responsabilidad uniforme, la elección del foro y los contratos negociados, en que no entraran las acciones entabladas contra partes ejecutantes del interior de un país. Se afirmó también que para que el texto cumpliera sus objetivos era importante englobar los transportes internos por carretera y ferrocarril. Se expresó el parecer de que, al formular el instrumento propuesto, el Grupo de Trabajo, debería seguir tratando de dotarlo de mayor flexibilidad, permitiendo que los Estados se adhirieran total o parcialmente al régimen concebido para el transporte de puerta a puerta.

4. La Comisión también observó que, habida cuenta de la complejidad del proceso de elaboración del proyecto de instrumento, el Grupo de Trabajo se había reunido, durante dos semanas, en su 11° período de sesiones, aprovechando el tiempo adicional que el Grupo de Trabajo I había dejado disponible al concluir, en su quinto período de sesiones, celebrado en septiembre de 2002, la labor sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada. El Presidente del Grupo de Trabajo III confirmó que, para avanzar en la elaboración del proyecto de instrumento y para poder finalizarlo en un plazo aceptable, el Grupo de Trabajo tendría que seguir celebrando períodos de sesiones de dos semanas de duración. Tras un debate, la Comisión autorizó excepcionalmente al Grupo de Trabajo III a que sus dos siguientes períodos de sesiones (12° y 13°) tuvieran, cada uno, una duración de dos semanas[3]. Se convino en que la situación del Grupo de Trabajo a ese respecto se volviera a evaluar en el 37° período de sesiones de la Comisión, que se celebraría en 2004. Se invitó al Grupo de Trabajo a que se esforzara al máximo por concluir rápidamente su labor, y a que aprovechase, a tales efectos, todas las posibilidades de celebrar consultas entre períodos de sesiones, de ser posible por correo electrónico. Sin embargo, la Comisión se hizo cargo de que, debido al número de cuestiones que quedaban por abordar, así como a la necesidad de examinar muchas de ellas de forma simultánea, era preciso que el Grupo de Trabajo celebrase reuniones de larga duración[4].

5. El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 12º período de sesiones en Viena del 6 al 17 de octubre de 2003. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, India, Italia, Japón, Lituania, Marruecos, México, Singapur, Suecia, Tailandia y Uruguay.

6. También asistieron observadores de los siguientes Estados: Antigua y Barbuda, Argelia, Argentina, Bolivia, Bulgaria, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Kuwait, Líbano, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, República Checa, República de Corea, Senegal, Sri Lanka, Suiza, Túnez, Turquía, Venezuela y Yemen.

---

[3] Para un examen general de la distribución del tiempo entre los diversos grupos de trabajo, véase ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párrs. 270 a 275, 277 y 278.

[4] Ibíd., párrs. 205 a 208.

7. Asistieron, además, observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) **Sistema de las Naciones Unidas**: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Comisión Económica para Europa (CEPE) de las Naciones Unidas;

b) **Organizaciones intergubernamentales**: Organización Intergubernamental para el Transporte Internacional por Ferrocarril (OTIF);

c) **Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión**: Asociación de Transporte Multimodal Internacional (IMMTA), Association of American Railroads (AAR), Cámara Naviera Internacional (ICS), Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Comité Marítimo Internacional (CMI), Consejo Marítimo Internacional del Báltico (BIMCO), Federación Internacional de Asociaciones de Expedidores de Carga (FIATA), Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización (P&I), Instituto de Arrendadores Internacionales de Contenedores (IICL), Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, Transportation Intermediaries Association (TIA) y Unión Internacional de Seguros Marítimos (IUMI).

8. El Grupo de Trabajo eligió los siguientes miembros:

Presidente: Sr. Rafael Illescas (España)

Relator: Sr. Walter De Sá Leitão (Brasil)

9. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición:

a) El programa provisional (A/CN.9/WG.III/WP.31);

b) El proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.32);

c) La propuesta de los Países Bajos sobre la aplicación de puerta a puerta del instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.33), y la propuesta de los Estados Unidos de América relativa a diez aspectos del proyecto de instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.34);

d) Adiciones a una recopilación de las respuestas recibidas a un cuestionario sobre el transporte de puerta a puerta y de observaciones suplementarias de los Estados y organizaciones internacionales en relación con el proyecto de instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1).

10. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

II. Deliberaciones y decisiones

11. El Grupo de Trabajo inició su examen del proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías (A/CN.9/WG.III/WP.32), así como de la propuesta de los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.III/WP.34) relativa a diez aspectos del proyecto de instrumento. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de cierto número de disposiciones, que estuviera basado en las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo. Esas deliberaciones y conclusiones pueden verse reflejadas en la sección III que figura a continuación.

III. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

A. Metodología para la continuación de los trabajos

12. Se informó al Grupo de Trabajo que un grupo de países escandinavos había mantenido debates oficiosos sobre el mejor procedimiento que podría seguir el Grupo de Trabajo en su segunda lectura del proyecto de instrumento. Se observó que, habida cuenta del número de artículos que contiene el proyecto de instrumento revisado (A/CN.9/WG.III/WP.32) y de la propuesta presentada por los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.III/WP.34), el procedimiento óptimo tal vez consistiría en organizar los debates agrupando las cuestiones en temas clave. Se sugirió que el primero de esos temas fuera el "ámbito de aplicación" y que el primer subtema tratado fuera el de los "conflictos con instrumentos internacionales y legislación interna"; así, cabría iniciar los debates con los tres siguientes grupos de cuestiones: 1) el contrato de transporte; 2) las partes ejecutantes y un régimen de la responsabilidad basado en la interconexión entre los diversos regímenes; y 3) los daños localizados y no localizados. Se propuso que el segundo grupo de cuestiones tratado en el marco del "Ámbito de aplicación" fuera "el alcance geográfico del tramo marítimo" (artículo 2 del proyecto de instrumento).

13. Se propuso además que, en el marco del título "Autonomía contractual", se examinara un segundo grupo amplio de cuestiones que podrían ser las siguientes: la exención de la póliza de fletamento (artículo 2 3) del proyecto de instrumento); el tratamiento de los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (*ocean liner service agreements*) (OLSA); los contratos combinados de transporte y tránsito (artículo 9 del proyecto de instrumento); el enfoque funcional (por ejemplo, el artículo 11 2), las cláusulas FIO (franco de carga y descarga) y FIOS (franco de carga (estibada) y descarga); las disposiciones imperativas para una parte o para dos (artículo 88 del proyecto de instrumento); y el período de responsabilidad (artículo 7). Se indicó que las cuestiones pertenecientes a ese grupo partían de la hipótesis de que el instrumento sería por lo demás imperativo.

14. Se sugirió que se examinara un tercer grupo amplio de cuestiones bajo el título "Obligaciones y responsabilidad del porteador". En este grupo de cuestiones podrían incluirse las exenciones: los límites y el procedimiento tácito de enmienda; el retraso; y la navegabilidad (como obligación continua). Se propuso que, una vez examinados estos tres amplios grupos de cuestiones, se debatieran los cuatro

siguientes temas: las obligaciones del cargador; la elección del foro y el arbitraje; la entrega de las mercancías; y el derecho de control.

15. En el Grupo de Trabajo se apoyó la metodología propuesta consistente en examinar las cuestiones clave del proyecto de instrumento. Se convino en general en que estas deliberaciones se iniciaran abordando el tema del ámbito de aplicación del convenio y la cuestión de las partes ejecutantes.

B. Cuestión preliminar: título del proyecto de instrumento

16. El título del proyecto de instrumento examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente: "Proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías".

17. Se observó que el Grupo de Trabajo tal vez deseara que el título reflejara el criterio del "transporte marítimo complementado" (denominado también "transmarítimo") que en anteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo había parecido más propicio para lograr un consenso en la preparación del proyecto de instrumento.

18. Se sostuvo que era prematuro examinar el título del proyecto de instrumento, habida cuenta de las deliberaciones que el Grupo de Trabajo aún debía mantener sobre el artículo 2 ("Ámbito de aplicación") y sobre la definición del concepto de "contrato de transporte", que figuraba en el artículo 1 a). No obstante, se apoyó el argumento de que el Grupo de Trabajo ya había logrado, en cuanto al enfoque del proyecto de instrumento, un consenso suficiente para que se eliminaran simplemente los corchetes del título actual, de modo que el proyecto de instrumento se denominara "Convenio sobre el Transporte total o parcialmente Marítimo de Mercancías". Se sugirieron otros retoques, concretamente que se agregara la palabra "Internacional" después de la palabra "Transporte", a fin de reflejar exactamente el contenido del instrumento y de asegurar la coherencia con los convenios que actualmente regulan el transporte de mercancías. Se sugirió asimismo que, dado que el contrato de transporte constituía la esencia del proyecto de instrumento, habría que incorporar al título una referencia a los contratos, de modo que el título fuera "Convenio sobre los Contratos de Transporte Internacional total o parcialmente Marítimo de Mercancías". Frente a esta propuesta, se señaló que la inclusión en el título de la palabra "contratos" podría inducir a error, ya que dicha palabra ya figuraba en el título de algunas convenciones que, a diferencia del proyecto de instrumento, se centraban más en los requisitos sustantivos del contrato propiamente dicho, concretamente en su formación. También se sugirió que, puesto que en los títulos de los convenios o convenciones de la CNUDMI figuraban a menudo las palabras "en el comercio internacional", se agregaran estas mismas palabras al final del título examinado. Por último, se propuso que se suprimieran las palabras "total o parcialmente", que figuraban entre corchetes, a fin de evitar confusiones con los instrumentos multimodales. Frente a esta sugerencia, se apoyó la opinión contraria, a saber, que para plasmar en el título una descripción acorde con el contenido del convenio era necesario indicar, no sólo el aspecto del transporte marítimo, sino también la existencia de otros posibles modos de transporte.

19. En el Grupo de Trabajo recibieron apoyo diversas variantes de las propuestas mencionadas. Si bien no se llegó a un consenso sobre el título, se apoyó el criterio

de que el título del proyecto de instrumento debía reflejar el hecho de que su texto regulaba principalmente el transporte marítimo, pero que podía abarcar también otros modos de transporte. Para ulteriores debates, el Grupo de Trabajo decidió mantener sin cambios el título actual.

C. Examen de temas clave del proyecto de instrumento

1. Ámbito de aplicación y partes ejecutantes

a) Debate general

20. La delegación de Italia declaró (hablando también en nombre de la de los Países Bajos) que, a fin de promover un enfoque pragmático del proyecto de instrumento y de facilitar la labor del Grupo de Trabajo, retiraría su propuesta anterior (que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.25), facilitando así la adopción de un sistema limitado de interconexión en el artículo 8 del proyecto de instrumento. Italia y los Países Bajos reiteraron su convicción de que un régimen uniforme de la responsabilidad aplicable a todo el período de transporte de puerta a puerta de las mercancías constituiría la solución más clara y más simple, pero, teniendo en cuenta los debates celebrados en el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo, eran conscientes de que esa solución no obtendría un apoyo suficiente.

21. Las delegaciones de Italia y los Países Bajos declararon que apoyarían la propuesta de los Estados Unidos respecto del ámbito de aplicación y las partes ejecutantes (recogida en la sección I del documento A/CN.9/WG.III/WP.34), si se hacían ligeras modificaciones. Concretamente, se propuso que las disposiciones del proyecto de instrumento fueran aplicables desde el momento en que el porteador se hiciera cargo de las mercancías hasta el momento en que éstas fueran entregadas al consignatario, a reserva de la excepción basada en un sistema limitado de interconexión enunciada en el artículo 8 del proyecto de instrumento; también se propuso que se suprimiera la referencia al derecho interno, que figuraba entre corchetes en ese proyecto de disposición. Se argumentó que esta supresión era necesaria para evitar el peligro de que el derecho interno prevaleciera sobre el derecho internacional. El segundo cambio sugerido era que las disposiciones del proyecto de instrumento fueran aplicables no sólo al porteador sino también a las partes ejecutantes que realizaran sus actividades en las zonas portuarias, denominadas “partes ejecutantes marítimas”, que deberían estar definidas en el proyecto de instrumento. Según la tercera sugerencia, las disposiciones del proyecto de instrumento no deberían ser aplicables a las partes ejecutantes que no fueran partes ejecutantes marítimas. La cuarta sugerencia propugnaba la revisión de todas las disposiciones del proyecto de instrumento que hicieran referencia a las partes ejecutantes, de manera que en las disposiciones relativas a la responsabilidad del porteador por actos de negligencia de las partes ejecutantes (por ejemplo, los proyectos de artículo 14 2) y 15 3)) siguiera haciéndose referencia a las partes ejecutantes en general, ya fueran marítimas o no, mientras que en las disposiciones que regulaban las obligaciones y la responsabilidad de las partes ejecutantes sólo se hiciera referencia a las partes ejecutantes marítimas. Se sugirió que se revisaran, entre otros, los proyectos de artículo 15 1) y 15 4) para que previeran un motivo directo de acción exclusivamente contra las partes ejecutantes marítimas. Análogamente, se sugirió que la protección por una “cláusula Himalaya”, que

brindaba el artículo 15 5), sólo se hiciera extensiva a las partes ejecutantes marítimas.

22. A modo de presentación general del documento de trabajo A/CN.9/WG.III/WP.34 ante el Grupo de Trabajo se indicó que la finalidad de la propuesta era empezar a perfilar la estructura básica del proyecto de instrumento ahora que el Grupo de Trabajo había concluido el examen inicial de posibles disposiciones. Se sostuvo que con el documento de trabajo se pretendía defender la tesis de que probablemente no sería posible establecer un régimen uniforme de la responsabilidad y, al mismo tiempo, presentar un conjunto general de soluciones de transacción concertadas entre las partes concurrentes de la industria del transporte. Se estimaba que este conjunto de soluciones ofrecía el máximo nivel de uniformidad posible y que mejoraba notablemente el sistema actual.

23. Se sostuvo que, concretamente en relación con la sección I del documento A/CN.9/WG.III/WP.34 ("Ámbito de aplicación y partes ejecutantes"), de conformidad con el espíritu general de la propuesta (calificada por sus autores de "posición de transacción"), se apoyaba la idea de que el proyecto de instrumento regulara el transporte de puerta a puerta con un criterio limitado de interconexión, tal como figuraba enunciado en el actual proyecto de instrumento. Sin embargo, se recomendaba que se modificara el tratamiento de las partes ejecutantes, de modo que sólo entraran en el ámbito del proyecto de instrumento las partes ejecutantes marítimas, es decir, en general aquéllas cuya actuación habría estado regulada por un instrumento de puerto a puerto, como los estibadores portuarios y las empresas de terminales de transporte, así como los porteadores marítimos. Las partes ejecutantes no marítimas, como las empresas de transporte terrestre por camión y ferrocarril o los almacenes situados fuera de la zona portuaria, quedarían expresamente excluidos del régimen de la responsabilidad del proyecto de instrumento. No obstante, las partes ejecutantes no marítimas seguirían siendo consideradas partes ejecutantes en virtud del proyecto de instrumento, ya que el porteador contratante sería responsable de los actos o de la negligencia de aquéllas. Se explicó además que, conforme a este régimen propuesto, la referencia al "derecho interno" en el artículo 8 del proyecto de instrumento resultaría inapropiada y sería innecesaria para proteger el régimen actual de la responsabilidad aplicable a los porteadores terrestres, y que la responsabilidad de las partes ejecutantes terrestres se regiría por el derecho existente, ya fuera un convenio unimodal regional o disposiciones imperativas o no imperativas de derecho interno, que podían incluir la responsabilidad extracontractual. La protección automática por la "cláusula Himalaya" sólo beneficiaría a las partes ejecutantes que asumieran responsabilidad en virtud del proyecto de instrumento (es decir, únicamente a las partes ejecutantes marítimas), y la capacidad de las partes ejecutantes terrestres para invocar una "cláusula Himalaya" dependería de si el derecho interno aplicable les permitiera acogerse a tal cláusula. En respuesta a una pregunta, se reconoció que esta propuesta no resolvía ninguno de los problemas que el derecho interno aplicable planteaba a las partes ejecutantes terrestres, pero que, en lo que a responsabilidad se refiere, la posición de las partes ejecutantes terrestres sería exactamente la misma que en la actualidad.

24. Los principios generales y la "posición de transacción" que se mencionaban en la sección I del documento A/CN.9/WG.III/WP.34 recibieron un fuerte apoyo. Si bien se sugirieron algunos posibles ajustes, por ejemplo, con respecto al tratamiento

de las partes ejecutantes marítimas en un Estado no contratante, se expresó la fuerte convicción de que, en las circunstancias actuales, éste era el mejor enfoque posible. Se expresaron también opiniones minoritarias, como la de que el proyecto de instrumento debería regular a los porteadores terrestres y la de que, no obstante, habría que estudiar la adopción de un régimen uniforme de la responsabilidad.

25. Si bien se apoyó en general la idea de establecer regímenes distintos para las partes ejecutantes marítimas y no marítimas, se propuso mantener en el artículo 8 b) la referencia al derecho interno, y se sugirió limitar su alcance con el matiz de que fuera derecho interno imperativo similar a los tratados existentes o basado en ellos. Se estimó que la propuesta que figuraba en la sección I del documento A/CN.9/WG.III/WP.34 no resolvía todos los problemas que podrían resolverse con una referencia al derecho interno, dado que, por ejemplo, de no figurar tal referencia en el artículo 8 b), el propietario de las mercancías no podría demandar a un porteador contratante conforme al derecho interno que rigiera el transporte de mercancías por carretera. Se consideró asimismo que si los porteadores terrestres quedaban fuera del ámbito del proyecto de instrumento, nada garantizaba que el derecho interno aplicable permitiría entablar demandas contra los porteadores terrestres, lo cual perjudicaría a los cargadores. Se sostuvo que los cargadores podían recibir una mayor compensación en sus acciones entabladas con arreglo al derecho interno, dado que los convenios de transporte marítimo prevén por lo general límites inferiores de la responsabilidad, pero se observó que éste no sería necesariamente el caso, en particular con respecto a las reglas de limitación "por bulto" enunciadas en los convenios marítimos, y teniendo en cuenta además el volumen del tráfico en contenedores y la incidencia de las mercancías de alto valor o de poco peso. Otra forma de limitar el alcance de la referencia al derecho interno que se sugirió fue que únicamente pudieran prevalecer sobre el proyecto de instrumento las disposiciones imperativas de derecho interno que dieran un mayor amparo a los propietarios de las mercancías. Recibió cierto apoyo la propuesta de mantener en el artículo 8 b) la referencia al derecho interno, si bien esta propuesta no se consideró acorde con la intención del Grupo de Trabajo de instituir, con el proyecto de instrumento, un régimen que tuviera la mayor uniformidad posible. Además, con respecto a las propuestas de limitación del alcance de la referencia al derecho interno, se expresó preocupación al no haberse establecido qué criterios se seguirían para determinar si las disposiciones de derecho interno cumplían los requisitos para la limitación propuesta en virtud del artículo 8 b) y se expresó el temor de que esta situación creara mayor incertidumbre en cuanto al ámbito de aplicación.

26. Se sostuvo que el tratamiento de las partes ejecutantes en el proyecto de instrumento y la posible referencia al derecho interno en el artículo 8 b) eran dos cuestiones distintas que no estaban necesariamente relacionadas entre sí. Se estimó que la responsabilidad del porteador contratante era el aspecto clave del artículo 8, que planteaba también otros dos aspectos: el de las vías de recurso previstas en dicho artículo y el de los conflictos con otros convenios internacionales. Frente a este argumento se sostuvo que existía un vínculo sustancial o pragmático entre el artículo 8 y el tratamiento de las partes ejecutantes. Se explicó que la propuesta enunciada en la sección I del documento A/CN.9/WG.III/WP.34 dependía con toda evidencia de que se aceptara la exclusión de las partes ejecutantes no marítimas del régimen de la responsabilidad previsto en el proyecto de instrumento, y de que se suprimiera la referencia al derecho interno en el artículo 8 b), puesto que con la

exclusión de los porteadores terrestres se pretendía hacer innecesaria la referencia al derecho interno.

27. El Grupo de Trabajo apoyó casi unánimemente la exclusión de las partes ejecutantes no marítimas del régimen de la responsabilidad previsto en el proyecto de instrumento, conforme al texto de la sección I del documento A/CN.9/WG.III/WP.34. Además, recibió un amplio apoyo el segundo aspecto de la propuesta, consistente en suprimir la referencia al derecho interno en el artículo 8 b). A juicio de una delegación, no había ningún motivo que justificara la exclusión de los porteadores terrestres del ámbito del proyecto de instrumento. Si bien se decidió provisionalmente mantener entre corchetes la referencia al derecho interno en el artículo 8 b) en espera de que se adoptara una decisión definitiva en un futuro período de sesiones, predominó la fuerte convicción de que la supresión de la referencia al derecho interno era un componente indisociable de la propuesta en general. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la propuesta de la sección I del documento A/CN.9/WG.III/WP.34 se viera como una propuesta unitaria que englobaba tanto la exclusión de las partes ejecutantes no marítimas del régimen de la responsabilidad como la supresión de la referencia al derecho interno en el artículo 8 b).

b) Definiciones de "parte ejecutante marítima" y "parte ejecutante no marítima"

28. El Grupo de Trabajo pasó a examinar las definiciones de "parte ejecutante marítima" y "parte ejecutante no marítima". Se propusieron posibles definiciones de "parte ejecutante marítima" y "parte ejecutante no marítima" y enmiendas de la definición de "parte ejecutante" que figuraba en el artículo 1 e) del proyecto de instrumento.

29. Las definiciones propuestas eran las siguientes:

"e) Por 'parte ejecutante' se entenderá una persona que no sea el porteador, que ejecuta físicamente [o se compromete a ejecutar] alguna de las obligaciones del porteador en virtud de un contrato de transporte en lo referente al transporte, la manipulación, la custodia o el almacenamiento de las mercancías, en la medida en que dicha persona actúe, directamente o indirectamente, a petición del porteador o bajo la supervisión o el control de éste, independientemente de que esa persona sea parte en el contrato de transporte o esté identificada en él, o de que sea jurídicamente responsable en virtud de dicho contrato. La expresión "parte ejecutante" engloba a las partes ejecutantes marítimas y a las partes ejecutantes no marítimas según se definen en los apartados f) y g) del presente párrafo, pero no incluye a las personas que hayan sido contratadas por un cargador o un consignatario, o que sean empleadas, agentes, contratistas o subcontratistas de una persona (que no sea el porteador) que haya sido contratada por un cargador o un consignatario.

f) Por 'parte ejecutante marítima' se entenderá la parte ejecutante que ejecute alguna de las responsabilidades del porteador durante el período que medie entre la llegada de las mercancías al puerto de carga [o, en caso de trasbordo, al primer puerto de carga] y su salida del puerto de descarga [o del último puerto de descarga, según corresponda]. No se considerarán partes ejecutantes marítimas las partes ejecutantes que ejecuten alguna de las responsabilidades del porteador por vía terrestre durante el período que medie

entre la salida de las mercancías de un puerto y su llegada a otro puerto de carga.

g) Por 'parte ejecutante no marítima' se entenderá la parte ejecutante que ejecute algunas de las responsabilidades del porteador antes de la llegada de las mercancías al puerto de carga o después de la salida de las mercancías del puerto de descarga."

30. A modo de presentación, se explicó ante el Grupo de Trabajo que, al formularse las definiciones, se habían tomado en consideración dos criterios: el criterio funcional y el criterio geográfico. Se había optado por el criterio geográfico por ser el más simple. Se había propuesto que el ámbito geográfico designado en la definición fuera el "puerto", si bien se reconocía que la definición de "puerto" podía plantear considerables dificultades y que probablemente esta definición se formularía en función del derecho interno. Otro problema que señalaron los autores de las definiciones era que la última frase de la definición propuesta de "parte ejecutante marítima" tenía la finalidad de regular la situación en que el transporte consistiera en un tramo marítimo seguido por un tramo terrestre, seguido a su vez por otro tramo marítimo; se reconoció que esta frase habría de perfeccionarse.

31. Las delegaciones que asistían al Grupo de Trabajo consideraron de modo general que las definiciones propuestas constituían una buena base para proseguir las deliberaciones sobre el modo de definir los conceptos de "parte ejecutante marítima" y "parte ejecutante no marítima". Hubo acuerdo general en que el criterio geográfico seguido en la definición era apropiado, y se apoyó la sugerencia de incluir en la definición de "parte ejecutante marítima" los movimientos terrestres realizados en las instalaciones portuarias (por ejemplo, el desplazamiento de un camión de un muelle a otro). No obstante, según una opinión muy general, los movimientos entre dos puertos distintos deberían figurar entre las funciones de las partes ejecutantes no marítimas. Se sugirió que se considerara parte ejecutante no marítima todo porteador ferroviario, aunque transportara mercancías dentro de un mismo recinto portuario. Se advirtió que, a juzgar por la experiencia registrada con el derecho interno de algunos Estados, la aplicación del criterio geográfico (aunque fuera generalmente apropiado) podía generar muchos pleitos. Se sugirió que en el proyecto de definición se aclarara el supuesto en que una parte ejecutante no marítima llevara a cabo alguna de sus actividades en una zona portuaria, por ejemplo, cargando mercancías en un camión que las transportara fuera del recinto portuario. Se propuso que esta aclaración se formulara indicando que las partes ejecutantes eran las que ejecutaban las obligaciones del porteador en relación con el transporte marítimo. Se respondió que en la definición del proyecto de artículo 1 e) ya se especificaba que las "partes ejecutantes" eran las que desempeñaban funciones clave que correspondían al porteador. Se señaló que no estaba del todo claro si la definición de "parte ejecutante marítima" se concentraba también en esas funciones clave.

32. Otra cuestión debatida fue la de si las palabras "o se compromete a ejecutar" debían figurar o no en el proyecto de definición. En apoyo del mantenimiento de estas palabras en la definición, eliminando los corchetes, se argumentó que de este modo se tendrían debidamente en cuenta los intereses de los eventuales demandantes, al reconocerse una causa directa de acción judicial contra cualquiera de las partes de lo que pudiera ser una cadena sumamente larga de subcontratos. En

cambio, según otra opinión, la inclusión de las palabras "o se compromete a ejecutar" en la definición podría causar problemas en la práctica, dado que la parte ejecutante que simplemente se comprometiera a ejecutar una obligación sería responsable frente al porteador; además, el cargador tendría dificultades para comprobar los hechos y determinar contra quién debía entablar la acción judicial. El Grupo de Trabajo resolvió que la cuestión de la inclusión o exclusión de las palabras "o se compromete a ejecutar" podía decidirse ulteriormente, cuando se analizara la definición existente de "parte ejecutante", que figuraba en el artículo 1 e) del proyecto de instrumento (véanse los párrafos 34 a 42 *infra*), teniendo en cuenta además el balance general del proyecto de instrumento en lo que se refiere a la responsabilidad por el cargamento.

33. También se planteó la duda de si en la definición debería especificarse la situación de las partes ejecutantes en Estados no contratantes. Se sugirió que esta cuestión se tratara ulteriormente cuando se tuviera una visión general del convenio, teniendo en cuenta, en su caso, las preocupaciones expresadas sobre los problemas de la elección del foro más conveniente y de la ejecución de fallos judiciales extranjeros. En cuanto a la redacción, se sugirió que, en el párrafo f) propuesto, se sustituyeran las palabras "al primer puerto de carga" por las palabras "al siguiente puerto de carga".

c) Definición de "parte ejecutante" en el artículo 1 e)

34. Además de la definición propuesta en el párrafo 29 *supra*, el Grupo de Trabajo examinó el texto del apartado e) del proyecto de artículo 1, que es el siguiente:

> "e) Por 'parte ejecutante' se entenderá una persona que no sea el porteador, que ejecuta físicamente [o se compromete a ejecutar] alguna de las responsabilidades del porteador en virtud de un contrato de transporte por lo que se refiere al transporte, la manipulación, la custodia o el almacenamiento de las mercancías, en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a petición del porteador o bajo la supervisión o el control de éste, independientemente de que esa persona sea parte en el contrato de transporte o esté identificada en él, o de que sea jurídicamente responsable en virtud de dicho contrato. La expresión "parte ejecutante" no incluye a las personas que hayan sido contratadas por un cargador o un consignatario, o que sean empleadas, agentes, contratistas o subcontratistas de una persona (que no sea el porteador) que haya sido contratada por un cargador o un consignatario."

35. A modo de introducción, se explicó ante el Grupo de Trabajo que el apartado e) del proyecto de artículo 1 no se había modificado sustancialmente en la revisión del proyecto de instrumento, y que en las notas de pie de página correspondientes al artículo 1 e) se exponían los antecedentes y las deliberaciones anteriores al respecto. Se señaló también que en las notas de pie de página se presentaban posibles variantes del texto propuesto para el artículo 1 e) (véase A/CN.9/WG.III/WP.32, notas 8 a 10).

36. A fin de ampliar el alcance de la definición de "parte ejecutante", se sugirió que se suprimieran los corchetes de las palabras "o se compromete a ejecutar". Se recordó al Grupo de Trabajo que la definición era importante para establecer la responsabilidad del porteador contratante por los errores, faltas y omisiones de las

partes ejecutantes en general. Se sostuvo que si se suprimían las palabras que figuraban entre corchetes, se reduciría el alcance de la definición y se permitiría que las partes ejecutantes que se hubieran comprometido a cumplir una obligación eludieran su responsabilidad incumpliendo la obligación o delegándola a otra parte. Además, se consideró que sería inapropiado que las partes que se comprometieran a ejecutar una obligación y no cumplieran su compromiso estuvieran sujetas a menor responsabilidad que aquellas que se comprometieran igualmente a cumplir la obligación pertinente pero que, pese a intentarlo, no lo consiguieran. Ante las preocupaciones que suscitaba la posibilidad de que los denominados "porteadores sobre el papel", o los que no efectuaran realmente el transporte, no fueran considerados responsables en virtud de su compromiso de ejecución, se argumentó que los términos de la definición permitirían simplemente entablar una acción directa contra la parte ejecutante culpable y que evitarían el problema de tener que presentar múltiples acciones judiciales contra las partes de toda una cadena de contratos para demandar a esa misma parte. Se sostuvo también que si en la definición no figuraran esas palabras, podían romperse los vínculos en la cadena de contratos. Por estas razones, se apoyó ampliamente la inclusión de dichas palabras en el texto. Se sugirió que se aclarara esta propuesta y que se excluyeran los demandantes ulteriores agregando a esos términos la palabra "físicamente", de modo que la parte ejecutante debiera "comprometerse a ejecutar físicamente". Si bien se objetó que ya quedaba sobreentendido que quienes se comprometieran a ejecutar un contrato de transporte se comprometían a ejecutarlo físicamente, la sugerencia de agregar esa palabra para dar a la propuesta inicial un carácter más explícito recibió también un amplio apoyo.

37. Algunas delegaciones estimaron que el proyecto de instrumento no debería regular en absoluto a las partes ejecutantes. Además, se sostuvo de nuevo que si se aprobaba la inclusión en el texto de las palabras "o se compromete a ejecutar", el cargador tendría dificultades para determinar la identidad de todas las partes que el porteador contratante hubiera contratado para ejecutar algún aspecto del transporte, y que el contrato sería entre la parte ejecutante y el porteador contratante. Se advirtió que con la inclusión de esas palabras en el texto se podía dar pie a la presentación de múltiples demandas contra partes ejecutantes que no serían necesariamente los demandados propiamente dichos, lo cual no supondría ninguna mejora respecto de la situación en que el cargador entablara simplemente una acción judicial contra el porteador ejecutante y el porteador contratante. Además, se consideró que con la inclusión de esas palabras en la definición se violaría el concepto de la relación contractual entre el cargador y el porteador contratante.

38. Se expresó también preocupación por el hecho de que en la definición sólo se especificaban entre las personas, que no fueran el porteador, aquellas que ejecutaran "alguna de las responsabilidades del porteador en virtud de un contrato de transporte por lo que se refiere al transporte, la manipulación, la custodia o el almacenamiento de las mercancías"; se estimó que esta enumeración era limitativa y que la definición debería englobar todas las funciones del porteador. Se observó asimismo que la definición contenía una anomalía implícita al referirse a las personas que actuaran "a petición del porteador o bajo la supervisión o el control de éste", pues no se tenían en cuenta los casos en que el porteador ejecutaba las funciones de carga o descarga de las mercancías en nombre del cargador.

39. Se objetó también que las palabras "o se compromete a ejecutar" daban a la definición un carácter demasiado amplio. Frente a este argumento y a la pregunta de si el efecto combinado de esta definición y del período de responsabilidad en el artículo 7 podía entrañar que la parte ejecutante que no recogiera las mercancías incurriría en responsabilidad cuando el porteador contratante no fuera responsable, se sostuvo que se pretendía que el período de responsabilidad de la parte ejecutante coincidiera con el del porteador, y que la parte ejecutante nunca incurriría, como tal, en una mayor responsabilidad que el porteador contratante como tal. Además, se argumentó que la propuesta de que una parte se comprometiera a ejecutar "físicamente" una obligación aclararía el alcance más limitado que había querido darse a la definición. Otro posible problema que planteaba la definición era el hecho de que ciertos puertos exigían que las operaciones portuarias fueran realizadas por autoridades administrativas.

40. Se instó al Grupo de Trabajo a que tuviera presente los dos aspectos de la cuestión de las partes ejecutantes, a saber, la responsabilidad *para* la parte ejecutante y la responsabilidad *de* la parte ejecutante. Se observó que estas cuestiones tal vez podrían regularse, mejor en una definición, en una disposición sustantiva, como el proyecto de artículo 15 sobre la responsabilidad de las partes ejecutantes. Algunas delegaciones consideraron que si bien por el momento la definición de "parte ejecutante" era en términos generales adecuada, tal vez habría que volver a ella cuando se examinara el proyecto de artículo 15.

41. Se aclararon dos cuestiones respecto de la definición. En primer lugar, se puso de relieve que los empleados y agentes no deberían figurar en la definición como partes ejecutantes. En segundo lugar, se observó que si el Grupo de Trabajo decidía excluir a las partes ejecutantes no marítimas del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento, la definición general del artículo 1 e) debería contener palabras del tenor de la definición propuesta en el párrafo 29 *supra*, que incluía tanto a las partes ejecutantes marítimas como a las no marítimas.

42. El Grupo de Trabajo decidió provisionalmente incluir en la definición las palabras "o se compromete a ejecutar" eliminando los corchetes, a fin de ampliar el alcance de la definición y de aclarar sus límites en cuanto a la ejecución física con arreglo al contrato de transporte. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara la posibilidad de complementar la lista de funciones del porteador con palabras como "entre otras" o con una referencia a "funciones similares", y que examinara la forma de abreviar la definición, por ejemplo, suprimiendo las palabras "independientemente de que esa persona sea parte en el contrato de transporte o esté identificada en él, o de que sea jurídicamente responsable en virtud de dicho contrato", tal como se proponía en la nota 8 de pie de página del proyecto de instrumento revisado (A/CN.9/WG.III/WP.32).

2. Ámbito de aplicación y daño ubicable en algún tramo o sin localizar (proyecto de artículo 18 2))

43. El proyecto de párrafo 2) del artículo 18 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

> "[2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, cuando el porteador no pueda determinar si las mercancías se perdieron o resultaron dañadas durante el transporte marítimo o durante la etapa de transporte anterior o posterior al

tramo marítimo, se aplicará el máximo límite de responsabilidad previsto en las disposiciones imperativas internacionales y nacionales que rijan los distintos tramos del transporte.]"

44. A título de introducción, se recordó al Grupo de Trabajo que el artículo 18 2) era una disposición recién introducida en el proyecto de instrumento, y que se habían propuesto algunas otras variantes (véase A/CN.9/WG.III/WP.32, nota de pie de página 93).

45. Se dijo que una de las cuestiones claves suscitadas respecto de la regla del artículo 18 2) era si sería aconsejable aplicar unos mismos límites de la responsabilidad a los daños sin localizar que a los daños cuyo lugar de origen se hubiera ubicado, o si convendría, por el contrario, tener en cuenta todo otro límite eventualmente aplicable con miras a seleccionar el más elevado. Se dijo además que otra cuestión clave era la de determinar si no convendría tal vez fijar un límite especial para todo daño no ubicable en ningún tramo del trayecto recorrido. Se observó que sería difícil decidir sobre dichas cuestiones antes de haberse seleccionado los límites de la responsabilidad en el artículo 18 1), y que si el límite "por kilogramo" que fijara el Grupo de Trabajo en el artículo 18 1) coincidiera con el de las reglas de La Haya-Visby, tal vez procediera remitirse a alguno de los convenios de transporte unimodal por lo demás aplicables a fin de seleccionar un límite más alto para todo daño no ubicable en el trayecto. Se sugirió además que se tuviera en cuenta también todo régimen imperativo de derecho interno eventualmente aplicable, particularmente si se daba al proyecto de instrumento un ámbito de aplicación muy amplio que pudiera abarcar tramos terrestres muy largos. No obstante, se advirtió a este respecto de que en algunas reglas internas de derecho imperativo no se fijaba ningún límite, por lo que tal vez no procediera remitirse al derecho interno para regular esta cuestión. Se observó asimismo que en otros instrumentos se habían establecido límites de responsabilidad distintos por los daños ubicables y los daños sin localizar, por ejemplo, en el Convenio sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías de 1980, que enunciaba una regla similar para los daños localizados, al igual que la de las Reglas de la UNCTAD/CCI para los documentos de transporte multimodal. Por estas razones, se sugirió mantener la regla del artículo 18 2) en el proyecto de instrumento.

46. Se formularon diversas propuestas respecto de la conveniencia de mantener o no el artículo 18 2) en el proyecto de instrumento. Concretamente, se sugirió mantener esa disposición en el proyecto de instrumento, pero colocándola entre corchetes y, en cuanto a la forma, se propuso que, en vez de "disposiciones imperativas internacionales y nacionales", el texto dijera "disposiciones imperativas internacionales o nacionales". Otra mejora consistiría e mantener el párrafo 2) del artículo 18 entre corchetes hasta que se fijaran los límites de responsabilidad en el párrafo 1), pero colocando entre corchetes, en dicho párrafo, las palabras "disposiciones imperativas y nacionales", a fin de que reflejara el texto actual del artículo 8. Se sugirió además la posibilidad de establecer en el párrafo 1) del artículo 18 un límite explícito de la responsabilidad por todo daño ubicable en algún tramo del trayecto y de fijar al mismo tiempo en el párrafo 2) un segundo límite de la responsabilidad por todo daño no localizable, pero omitiendo toda referencia a otros límites de la responsabilidad establecidos por otras disposiciones imperativas internacionales o nacionales. Cada una de estas propuestas obtuvo cierto apoyo.

47. La propuesta de que se suprimiera el artículo 18 2) obtuvo mayor apoyo. Se recordó al Grupo de Trabajo que cuantas más excepciones se crearan respecto del régimen general del instrumento, más lejos se estaría del ansiado objetivo de introducir un régimen uniforme y previsible. Se sugirió que, a fin de lograr la mayor uniformidad posible, se limitara al máximo el alcance de la excepción enunciada en el artículo 8 basada en el denominado sistema de interconexión restringida, de modo que las reglas del artículo 8 solucionaran adecuadamente los problemas que planteaba la eventualidad de que el daño no fuera ubicable en ningún tramo. Se dijo además que el artículo 18 2) repetía el principio ya enunciado en el artículo 8 respecto de los daños localizados, modificando únicamente la asignación de la carga de la prueba. Ahora bien, se opinó también que la regla enunciada en el artículo 8 no era incompatible con la del artículo 18 2). Se reiteró además que los límites de la responsabilidad de las Reglas de La Haya-Visby resultaban, a menudo, mucho más altos en la práctica de lo que se creería a simple vista, y que dado el volumen del tráfico por contenedores y el límite de la responsabilidad "por bulto" que se enunciaba en dichas Reglas, los límites efectivos resultaban a menudo mucho más alto que los fijados en los convenios de transporte unimodal, donde los límites de la responsabilidad efectiva dependen únicamente del peso. Se recordó también al Grupo de Trabajo su decisión de que el proyecto de instrumento se centrara en el tramo marítimo de una operación de transporte, por lo que sería procedente que los límites de la responsabilidad, aplicables a todo daño no localizable en el trayecto general, fueran los límites del tramo marítimo de la operación de transporte.

48. Respecto de la carga de la prueba en todo supuesto de daño no localizable, se sostuvo que si el límite de la responsabilidad establecido para dichos daños era bajo, era probable que el porteador ni se molestara en localizar el daño en algún tramo que elevara el límite de la suma a que tendría derecho el demandante en concepto de los daños sufridos por las mercancías. Se respondió a esa observación que el porteador tendría sumo interés en determinar el lugar en que se hubieran producido los daños a fin de poder entablar una acción de repetición frente al subcontratista directamente responsable de tales daños.

49. Una delegación partidaria de que se suprimiera el artículo 18 2) advirtió al Grupo de Trabajo que no convenía establecer una distinción artificial entre daños localizables y no localizables, dado que la carga transportada era carga marítima, con independencia del tramo del trayecto en que se encontrara, y que, por ello, debería hablarse de unos mismos riesgos, de un solo valor de la carga y de unas mismas partes, por lo que tampoco variaría, en lo esencial, la identidad de la parte que hubiera negociado el seguro de las mercancías ni el importe de dicho seguro. Se observó además que la finalidad de los límites de la responsabilidad guardaba una estrecha relación con el régimen de la responsabilidad en sí, por lo que esos límites formaban parte del equilibrio global establecido por el régimen de la responsabilidad. Se estimó que tal vez no sería conveniente alterar el equilibrio de dicho régimen por el mero hecho de que los daños se produjeran en un tramo no marítimo de la operación. No obstante, se insistió en la importancia del proyecto de artículo 18 2), dado que muchas veces no se podía determinar el punto del trayecto en que las mercancías habían sufrido los daños, por lo que era probable que la excepción enunciada en el artículo 18 2) pasara a ser la regla aplicable. Ese riesgo existía, ya que a menudo los daños no se descubrían hasta que el consignatario abría

el contenedor, si bien era cierto que algunos puertos disponían de equipo para fotografiar los contenedores con miras a determinar eventuales daños externos.

50. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el número de delegaciones partidarias de suprimir el párrafo 2) del proyecto de artículo 18 en su totalidad era prácticamente igual al de las que se mostraban favorables a mantener el párrafo en el texto. Las delegaciones partidarias de suprimir el párrafo defendían sus tesis con vigor. En cambio, algunas de las que propugnaban mantener esa disposición en el texto tenían posturas más matizadas. Tras haber tomado nota de los argumentos aducidos durante las deliberaciones respecto del párrafo 2) del proyecto de artículo 18, el Grupo de Trabajo consideró apropiado mantener dicho párrafo entre corchetes hasta que el Grupo de Trabajo adoptara una decisión respecto del límite de la responsabilidad enunciado en el párrafo 1) del mismo proyecto de artículo.

3. Ámbito de aplicación: definición del contrato de transporte y regulación del tramo marítimo (proyectos de artículo 1 a) y 2)

51. El texto del apartado a) del proyecto de artículo 1 examinado por el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/WG.III/WP.32) era el siguiente:

> "a) Por 'contrato de transporte' se entenderá un contrato en virtud del cual un porteador, contra pago del flete, se comprometa a transportar mercancías **total o parcialmente** por mar de un lugar a otro."

52. El texto del proyecto de artículo 2 examinado por el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/WG.III/WP.32) era el siguiente:

> "1. *Variante A del párrafo 1*
>
> A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3, el presente instrumento se aplicará a todos los contratos de transporte que prevean un lugar de recepción y un lugar de entrega situados en diferentes Estados si
>
> a) el lugar de recepción especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante, o
>
> b) el lugar de entrega especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante, o
>
> c) [el lugar en que realmente se hace la entrega es uno de los lugares facultativos de entrega especificados en el contrato de transporte o en los datos del contrato y está situado en un Estado Contratante, o]
>
> d) [el contrato de transporte se celebra en un Estado Contratante o los datos del contrato indican que el título de transporte o el documento electrónico ha sido emitido en un Estado Contratante, o]
>
> e) el contrato de transporte dispone que el presente instrumento, o la legislación de cualquier Estado que le dé efecto, prevalecerá sobre el contenido del contrato.
>
> *Variante B del párrafo 1*
>
> A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3, el presente instrumento se aplicará a todos los contratos de transporte de mercancías por mar que prevean un lugar de recepción y un lugar de entrega situados en diferentes Estados si

a) el lugar de recepción [o el puerto de carga] especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante, o

b) el lugar de entrega [o el puerto de descarga] especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante, o

c) [el lugar en que realmente se hace la entrega es uno de los lugares facultativos de entrega especificados en el contrato de transporte o en los datos del contrato y está situado en un Estado Contratante, o]

d) [el contrato de transporte se celebra en un Estado Contratante o los datos del contrato indican que el título de transporte o el documento electrónico ha sido emitido en un Estado Contratante, o]

e) el contrato de transporte dispone que el presente instrumento, o la legislación de cualquier Estado que le dé efecto, prevalecerá sobre el contenido del contrato.

1 bis. El presente instrumento se aplicará también al transporte por aguas interiores que tenga lugar antes o después del tramo marítimo, así como al transporte por carretera o por ferrocarril desde el lugar de recepción hasta el puerto de carga y desde el puerto de descarga hasta el lugar de entrega, siempre y cuando las mercancías se hayan descargado, durante el tramo marítimo, del medio de transporte mediante el cual fueron trasladadas por vía terrestre.

Variante C del párrafo 1

A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3, el presente instrumento se aplicará a todos los contratos de transporte que prevean un puerto de carga y un puerto de descarga situados en diferentes Estados si

a) el puerto de carga especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante, o

b) el puerto de descarga especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante, o

c) [el lugar en que realmente se hace la entrega es uno de los lugares facultativos de entrega especificados en el contrato de transporte o en los datos de transporte y está situado en un Estado Contratante, o]

d) [el contrato de transporte se celebra en un Estado Contratante o los datos del contrato indican que el título de transporte o el documento electrónico ha sido emitido en un Estado Contratante, o]

e) el contrato de transporte dispone que el presente instrumento, o la legislación de cualquier Estado que le dé efecto, prevalecerá sobre el contenido del contrato.

2. El presente instrumento se aplicará independientemente de la nacionalidad del buque, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del consignatario, o de cualquier otra parte interesada.

3. El presente instrumento no se aplicará a los contratos de fletamento [contratos de flete, contratos de volumen, o acuerdos análogos].

4. No obstante lo dispuesto en el párrafo 3, si un título de transporte negociable o un documento electrónico negociable se emite de conformidad con un contrato de fletamento [contrato de flete, contrato de volumen, o acuerdo análogo], las disposiciones del presente instrumento se aplicarán al contrato probado por dicho título o dicho documento electrónico o al contrato consignado en ellos, a partir del momento y en la medida en que el título o el documento electrónico rijan las relaciones entre el porteador y un tenedor que no sea el fletador.

5. Si un contrato prevé el transporte futuro de mercancías en una serie sucesiva de remesas, el presente instrumento se aplicará a cada una de esas remesas en la medida en que así se especifique en los párrafos 1, 2, 3 y 4."

a) Debate general sobre las tres variantes del párrafo 1 del proyecto de artículo 2

53. Se recordó que la variante A se basaba en el texto original del proyecto de instrumento, en el cual, para determinar el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento, no se hacía ninguna distinción entre los diversos modos de transporte que cabía utilizar para trasladar las mercancías de un lugar a otro. En la variante B se pretendía poner de relieve que el alcance del proyecto de instrumento debería definirse por referencia al transporte marítimo, con posibles prolongaciones terrestres, siempre y cuando las mercancías se descargaran, durante el viaje marítimo, del medio de transporte utilizado para el tramo terrestre. La variante B tenía como consecuencia la exclusión de la aplicación del proyecto de instrumento, por ejemplo, en el caso en que las mercancías fueran transportadas por carretera y el remolque utilizado para su transporte hubiera sido cargado a un buque durante el tramo marítimo del viaje en general. La variante C tenía la finalidad de subrayar el carácter marítimo del proyecto de instrumento disponiendo que sólo sería aplicable a los transportes cuyo tramo marítimo fuera transfronterizo (véase A/CN.9/WG.III/WP.32, notas 27, 31 y 35 de pie de página).

54. La variante B sólo recibió un apoyo limitado. Se consideró poco actual hacer una distinción en función de si las mercancías habían sido descargadas o no de su medio original de transporte. Por ejemplo, en el contexto del transporte con contenedores, las mercancías se bajan o se suben sin que tales operaciones requieran o justifiquen una modificación del régimen legal aplicable a la carga. Se observó que la finalidad de la variante B era principalmente plantear la cuestión de los posibles conflictos entre los convenios internacionales que regían distintos modos de transporte. El Grupo de Trabajo decidió que estos eventuales conflictos no deberían regularse en el contexto de la disposición que determina el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento sino en las disposiciones del capítulo 18, concretamente en los proyectos de artículo 83 y 84, que estaban concebidos expresamente para regular la relación entre el proyecto de instrumento y otros convenios. En el contexto de ese debate, se expresaron dudas acerca de si los proyectos de artículo 83 y 84 regulaban adecuadamente la cuestión de los conflictos potenciales entre convenios. Se señaló asimismo que la relación entre el proyecto de instrumento y otros convenios en materia de transportes dependería en gran medida de los límites de la responsabilidad que se fijaran en el proyecto de artículo 18. El

debate sobre esta cuestión se aplazó hasta que el Grupo de Trabajo hubiera llegado a un acuerdo sobre el alcance del proyecto de instrumento.

55. La variante A recibió un apoyo considerable. Entre las razones aducidas para que la definición del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento no se centrara en un modo concreto de transporte había la de que el alcance del proyecto de instrumento debería ser lo más amplio posible y que convenía evitar la referencia a conceptos técnicos como el de "puerto", sobre cuya definición podría ser difícil llegar a un acuerdo. En este contexto, se convino en general en que el proyecto de instrumento debería regular el transporte de mercancías no sólo desde los "puertos" tradicionalmente ubicados en la costa de un Estado sino también desde terminales situadas mar adentro, en alta mar, e incluso desde las torres petroleras marítimas situadas en la zona económica exclusiva de un Estado, fuera de sus aguas territoriales.

56. No obstante, prevaleció la opinión de que el hecho de que el proyecto de instrumento regulaba intrínsecamente el transporte marítimo debería reflejarse en la disposición que determinaba su ámbito de aplicación. Se observó que el proyecto de instrumento lograría una aceptación más general si, por su ámbito de aplicación, resultaba claramente diferenciable de un simple convenio de transporte multimodal. En el anteproyecto de instrumento se había tratado de establecer esa distinción disponiendo simplemente que el proyecto de instrumento tenía por objeto regular el transporte de puerta a puerta que comprendiera un tramo marítimo. Sin embargo, la mayoría de las delegaciones convinieron en la necesidad de introducir otra restricción, disponiendo que el proyecto de instrumento sería aplicable al transporte de mercancías de puerta a puerta, tanto unimodal como multimodal, siempre y cuando dicho transporte comprendiera un tramo marítimo y este tramo fuera transfronterizo.

b) Proyectos de artículo 1 a) y de artículo 2, párrafo 1

57. Una vez decidido el criterio general de que el proyecto de instrumento regularía el transporte de mercancías de puerta a puerta, tanto unimodal como multimodal, siempre y cuando dicho transporte comprendiera un tramo marítimo y este tramo fuera transfronterizo, el Grupo de Trabajo procedió a aplicar ese criterio, que podría introducirse en la disposición relativa al ámbito o en la definición de "contrato de transporte" (o incluso en ambas disposiciones).

58. Con respecto a los apartados a) a e) del párrafo 1 del proyecto de artículo 2, se apoyó en general la supresión del apartado d). Tal como se señaló en el noveno período de sesiones del Grupo de Trabajo, en la mayoría de países se consideraba que, en la práctica de los transportes modernos, el lugar de celebración del contrato carecía prácticamente de importancia en la ejecución del contrato de transporte y, en el comercio electrónico, podría ser incluso más difícil o imposible determinar dicho lugar (véase A/CN.9/510, párr. 34).

59. No se adoptó ninguna decisión definitiva sobre el texto del apartado c), que actualmente figura entre corchetes. Se decidió mantener esa disposición entre corchetes para volver a examinarla en un futuro período de sesiones.

60. Se sugirió mejorar el texto del apartado e) y ampliar el alcance de la cláusula por la que prevalece el proyecto de instrumento sustituyendo, al principio del

proyecto de disposición, las palabras "el contrato de transporte" por las palabras "el contrato de transporte o cualquier contrato conexo" o por las palabras "el contrato de transporte o cualquier otro contrato relacionado con la ejecución del contrato de transporte". El Grupo de Trabajo tomó nota de esa sugerencia.

61. El Grupo de Trabajo pidió que se encomendara a un pequeño grupo de redacción integrado por varias delegaciones la preparación de un texto basado en una combinación de las variantes A y C, y la puesta en práctica del criterio relativo al ámbito de aplicación del proyecto de instrumento. La primera propuesta formulada por el pequeño grupo de redacción era la siguiente:

"Artículo 1 a)

Por "contrato de transporte" se entenderá un contrato en virtud del cual un porteador, contra pago del flete, se comprometa a transportar mercancías por mar desde un lugar situado en un Estado a otro lugar situado en otro Estado y que pueda prever, antes o después del transporte marítimo, otro [modo] [medio] de transporte.

Artículo 2

A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3, el presente instrumento se aplicará a todos los contratos de transporte si

a) el lugar de recepción [o el puerto de carga] especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante, o si

b) el lugar de entrega [o el puerto de descarga] especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante, o si

c) [el lugar en que se realiza efectivamente la entrega es uno de los lugares facultativos de entrega especificados en el contrato de transporte o en los datos del contrato y si dicho lugar está situado en un Estado Contratante, o si]

d) el contrato de transporte estipula que se regirá por el presente instrumento o por la legislación de cualquier Estado que le dé efecto."

62. Si bien se consideró en general que la propuesta del pequeño grupo de redacción constituía una mejora susceptible de facilitar el consenso sobre el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento, se expresaron varias reservas. Concretamente, se objetó que el texto propuesto podía tener el inconveniente de excluir del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento los contratos que no especificaran ni dieran a entender que el transporte debería efectuarse por mar, pero que dejaran abierta la posibilidad de que una parte del transporte pudiera efectuarse por mar, o que no determinaran qué parte del transporte debería efectuarse por mar. Por ejemplo, un transporte de Vancouver (Canadá) a Portland (Estados Unidos) quedaría fuera del ámbito del presente instrumento, a menos que se hubiera especificado en el contrato que las mercancías se transportarían inicialmente por mar de Vancouver a Seattle (Estados Unidos). Además, según el enunciado propuesto, todo transporte de Vancouver a Hawai (Estados Unidos) con tránsito en Seattle quedaría también al margen del proyecto de instrumento, a menos que se hubiera especificado en el contrato que la primera etapa del transporte, de

Vancouver a Seattle, habría de efectuarse por vía marítima. Por sí solo, el tramo marítimo de Seattle a Hawai no permitiría cumplir el requisito de que el tramo marítimo fuera transfronterizo. Otra reserva más general que se formuló era que, habida cuenta de que el proyecto de instrumento no sólo tenía la finalidad de regular ciertos aspectos del transporte multimodal sino que también pretendía reemplazar el régimen unimodal existente que regulaba el transporte internacional de mercancías por mar, no debería haber ninguna ambigüedad en cuanto a la aplicabilidad del proyecto de instrumento al transporte marítimo.

63. Para resolver los posibles problemas que motivaban las reservas formuladas, se sugirieron diversos cambios de redacción. Concretamente, se sugirió que, en la definición propuesta de "contrato de transporte", se agregaran las palabras "expresa o implícitamente" después de las palabras "se comprometa". Con esta sugerencia se pretendía dar a la definición del contrato de transporte un carácter puramente jurídico que no requiriera hacer indagaciones sobre el itinerario efectivo de las mercancías para determinar si el proyecto de instrumento era o no aplicable. No obstante, se estimó en general que ese cambio de redacción no sería suficiente para eludir las reservas formuladas sobre el alcance del proyecto de instrumento. Se opinó también que con ese enunciado podría aumentar el riesgo de conflictos entre los convenios de transporte unimodal.

64. Se sugirió también que se agregaran a la definición propuesta de contrato de transporte palabras en virtud de las cuales, cuando el contrato no se refiriera expresa o implícitamente a un determinado modo de transporte ni a que el viaje debiera efectuarse por un determinado modo, se entendiera que el contrato de transporte entraría en el ámbito del proyecto de instrumento si se podía demostrar que las mercancías se habían realmente transportado por mar.

65. Según otra sugerencia, convendría reconsiderar la posición de las palabras "por mar" en la definición de "contrato de transporte".

66. Se expresó también una reserva en el sentido de que la definición propuesta de "contrato de transporte" podía resultar demasiado amplia y llegar a abarcar ciertos tipos de contratos (como los contratos de "plazas" a bordo de buques fletados) que no deberían entrar en el ámbito del proyecto de instrumento. En consecuencia, se sugirió que, a fin de que un contrato de transporte fuera considerado como tal en virtud del proyecto de instrumento, tuviera que estar consignado "en un título de transporte o en un documento electrónico". El Grupo de Trabajo no adoptó esta sugerencia. En general, se consideró que podía ser necesario que ciertos contratos de transporte no documentados por un título de transporte (por ejemplo, en el contexto del tráfico marítimo de corta distancia) entraran en el ámbito del proyecto de instrumento, y que la cuestión de la exclusión de las pólizas de fletamento del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento debería abordarse por separado.

67. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió proseguir sus deliberaciones sobre la propuesta del pequeño grupo de redacción. Si bien la idea de mantener la variante A como posible opción recibió cierto apoyo, predominó la opinión de que en la futura versión revisada del proyecto de instrumento deberían suprimirse todas las tres variantes. Se pidió al pequeño grupo de redacción que preparara una propuesta revisada en la que se tuvieran en cuenta las opiniones y reservas expresadas sobre la primera propuesta.

68. La segunda propuesta preparada por el pequeño grupo de redacción era la siguiente:

"Artículo 1. Definiciones

A los efectos del presente instrumento:

a) [i)] Por "contrato de transporte" se entenderá un contrato en virtud del cual un porteador, contra pago del flete, se comprometa a transportar mercancías por mar de un lugar [puerto] situado en un Estado a otro lugar [puerto] situado en otro Estado, y en virtud del cual dicho porteador pueda comprometerse también a transportar las mercancías por otros modos antes o después del transporte marítimo.

[ii) Se considerará un contrato de transporte en el sentido del inciso i) todo contrato que prevea la opción de transportar las mercancías por mar, siempre y cuando las mercancías se transporten efectivamente por mar.]

Artículo 2. Ámbito de aplicación

A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3, el presente instrumento se aplicará a todos los contratos de transporte si

a) el lugar de recepción [o el puerto de carga] especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante, o si

b) el lugar de entrega [o el puerto de descarga] especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante, o si

c) [el lugar en que se realiza efectivamente la entrega es uno de los lugares facultativos de entrega especificados en el contrato de transporte o en los datos del contrato y si dicho lugar está situado en un Estado Contratante, o si]

d) el contrato de transporte estipula que se regirá por el presente instrumento o por la legislación de cualquier Estado que le dé efecto."

69. El debate se centró en la definición de "contrato de transporte". Respecto de la utilización de las palabras "lugar" o "puerto" en el inciso i), se prefirió "puerto" por sus connotaciones marítimas. No obstante, ante las dificultades que posiblemente plantearía la definición del concepto de "puerto", prevaleció la opinión de que era preferible emplear la palabra "lugar", que era más neutral, dado que todo el proyecto de disposición ya giraba en torno al transporte marítimo. En cuanto a la redacción, se sugirió que la segunda frase del inciso i) dijera lo siguiente: "; además, el porteador puede comprometerse, también en virtud de dicho contrato, a transportar las mercancías por otros modos antes o después de dicho transporte internacional por mar".

70. Se planteó un problema más fundamental con respecto a la redacción de la definición de "contrato de transporte" y de la disposición relativa al ámbito de aplicación del proyecto de instrumento. Se sostuvo que la definición del contrato de transporte debería limitarse a describir las obligaciones sustantivas que impone (un contrato en virtud del cual un porteador, contra pago del flete, se comprometa a transportar mercancías de un lugar situado en un Estado a otro lugar situado

en otro Estado) y a dar una indicación de que ese transporte debe comprender un tramo marítimo. Se afirmó también que el criterio del carácter internacional, determinante para decidir si el proyecto de instrumento es aplicable o no, no debería abordarse en la definición de "contrato de transporte" sino exclusivamente en la disposición relativa al ámbito de aplicación del proyecto de instrumento. Por consiguiente, se sugirió que el requisito de que el tramo marítimo tuviera lugar entre dos Estados diferentes debería expresarse en el proyecto de artículo 2, junto con el resto del criterio del carácter internacional enunciado en el proyecto de instrumento. El Grupo de Trabajo tomó nota de esa objeción.

71. Con respecto al inciso ii) se expresaron opiniones divergentes. Por una parte, se estimó que el proyecto de disposición era necesario y que debía perfeccionarse, posiblemente agregando al texto una indicación de que la opción de transporte marítimo de las mercancías podía constar explícitamente en el contrato o estar implícita en él. Se sugirió también que se sustituyeran las palabras "se considerará" por "podrá considerarse".

72. Por otra parte, se estimó que el inciso ii) debería suprimirse, pues podía ser una fuente de conflictos con otros convenios. Por ejemplo, si el contrato estipulaba que el transporte debía hacerse "por vía aérea" y las mercancías se transportaban de hecho por vía marítima, tanto el proyecto de instrumento como el Convenio de Varsovia podían ser aplicables. Se señaló que convenía evitar que el proyecto de instrumento amparara, por ejemplo, a un porteador que hubiera transportado mercancías por mar en violación de sus obligaciones contractuales. En cuanto a la situación en que el contrato no especificara ningún modo de transporte, se consideró que los tribunales podían dirimir la cuestión y que convendría alentar a las partes a que, al celebrar sus contratos, evitaran dejar lagunas que crearan incertidumbre. Se objetó también que el texto del inciso ii) podía introducir una confusión entre los contratos de transporte y los contratos de tránsito.

73. Según otra opinión, el contenido del inciso ii) podría tratarse con mayor detenimiento en el contexto de las disposiciones del proyecto de instrumento que regían la responsabilidad. Si bien en general se opinó que el texto del inciso ii) podría requerir cambios sustanciales, se estimó también que el proyecto de instrumento debería regular el supuesto en que el contrato no estipulara ningún modo de transporte concreto. Entre las diversas posibilidades para reformular el inciso ii), se señaló que tal vez el artículo 18 4) del Convenio de Montreal podría ser útil como modelo.

74. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió retener la segunda propuesta del pequeño grupo de redacción para seguir examinándola en un futuro período de sesiones, pero excluyendo el inciso ii) de la definición de "contrato de transporte en el artículo 1 a) y trasladando dicho inciso, entre corchetes, a otra disposición del proyecto de instrumento. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado, con posibles variantes, que reflejara las diversas opiniones expresadas y las reservas formuladas.

75. Al término del debate se presentó otra propuesta de revisión del artículo 1 a)[5].

c) Proyecto de artículo 2, párrafo 2

76. El Grupo de Trabajo estimó que el contenido del párrafo 2 era en general aceptable.

d) Proyecto de artículo 2, párrafo 3

77. Un gran número de delegaciones convino en que ciertos tipos de contratos, o bien no estarían sujetos en modo alguno al régimen del futuro instrumento, o bien entrarían en su ámbito de aplicación con carácter de instrumento no imperativo y supletorio. Entre esos contratos figurarían los que, en la práctica, eran objeto de una negociación detenida o detallada entre el cargador y el porteador, contrariamente a la práctica habitual de otros contratos de transporte que no requerían (o respecto de los cuales la práctica comercial no permitía) una adaptación tan considerable del contrato a las necesidades concretas de una operación de transporte. Este último tipo de contratos solía adoptar la forma de contratos de adhesión, en cuyo contexto las partes podrían requerir el amparo de un régimen de derecho imperativo.

78. Se expresaron diversos pareceres respecto de la técnica legislativa más idónea para excluir del instrumento aquellos contratos que no debieran estar sujetos imperativamente a su régimen. A juicio de una delegación, debería mantenerse la excepción tradicional respecto de la póliza de fletamento en la disposición relativa al ámbito de aplicación del nuevo régimen. Se sugirió además complementar esa excepción tradicional instituyendo un régimen especial para ciertos tipos de contratos especificados a los que el régimen del proyecto de instrumento no fuera imperativamente aplicable. Ahora bien, consideró también que no procedía regular la situación especial de esos contratos en el marco del proyecto de artículo 2 sino en el capítulo 19, relativo a la autonomía contractual. De conformidad con esa opinión, se sugirió que se trasladaran al capítulo 19 las palabras "contratos de flete, contratos de volumen, o acuerdos análogos", actualmente entre corchetes, agregándoles tal vez una referencia a los denominados "acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (*OLSA*)". Se recordó que en el documento A/CN.9/WG.III/WP.34 se explicaban detalladamente las prácticas seguidas respecto de dichos acuerdos y las razones por las que debían quedar excluidos del régimen del instrumento. Como posible definición del acuerdo OLSA, a insertar en el texto, se sugirió la siguiente:

---

[5] "Artículo 1 a)

Por "contrato de transporte" se entenderá un contrato en virtud del cual un porteador, contra pago del flete, se comprometa a transportar mercancías de un lugar situado en un Estado a otro lugar situado en otro Estado si:

i) en dicho contrato se estipula el compromiso de transportar las mercancías por mar desde un lugar situado en un Estado a otro lugar situado en otro Estado; o si

ii) el porteador puede cumplir el contrato, al menos en parte, trasportando las mercancías por mar desde un lugar situado en un Estado a otro lugar situado en otro Estado, y si las mercancías se transportan efectivamente de tal modo.

Además, un contrato de transporte podrá estipular también el compromiso de transportar mercancías por otros modos antes o después del transporte internacional por mar."

"a) Por "acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea" se entenderá un contrato consignado por escrito (o por medios electrónicos), que no sea un conocimiento de embarque u otro título de transporte emitido por el porteador o la parte ejecutante al recibir las mercancías, concertado por uno o más cargadores con uno o más porteadores y en virtud del cual el porteador o los porteadores se comprometan a prestar algún servicio particular en el marco del transporte por mar (con la posibilidad de tramos terrestres y de algún otro servicio conexo) de un volumen mínimo de carga expedida en una serie de remesas, a bordo de buques de un servicio de línea, y que el cargador o los cargadores remunerarán con arreglo a una tasa negociada en función del envío de un volumen mínimo de carga.

b) Para los fines del párrafo a), se entenderá por "algún servicio particular" todo servicio prometido u obligación asumida por el porteador que no sea imperativamente exigida de un porteador con arreglo al régimen del presente instrumento.

c) Para los fines del párrafo a), se entenderá por "servicio de línea" un servicio anunciado para el transporte marítimo de carga general, a bordo de buques que navegan con regularidad, por una ruta establecida, sirviendo a puertos de destino o de escala previamente indicados.

d) No se entenderá por acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea la práctica de fletar buques de línea o espacio o volumen en el interior de un buque de línea."

79. Según otra delegación debería suprimirse el párrafo 3 y regularse la cuestión en la parte del instrumento que aborde del tema de la autonomía contractual. A favor de que no se enumeraran en una lista los contratos excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento, se argumentó que tal lista podría ser extremadamente difícil de negociar. Por ejemplo, respecto de la póliza de fletamento, tradicionalmente excluida del ámbito de aplicación de los convenios internacionales aplicables al transporte marítimo de mercancías, se dijo que tal vez resultara imposible llegar a un acuerdo sobre la naturaleza jurídica de la póliza de fletamento o sobre el modo en que habría que incorporar dicho título a subsiguientes contratos de transporte. Se señaló que desde 1924 el concepto de "póliza de fletamento" había perdido concreción, dando lugar a una incertidumbre jurídica que no había cesado de agravarse con la modernización de las prácticas comerciales; por esta razón, convendría abandonar ese concepto en toda tentativa actual de armonizar el derecho aplicable al comercio internacional. Se consideró que los conceptos conexos enunciados, como los "contratos de flete, contratos de volumen o acuerdos análogos", eran aún más imprecisos y más difíciles de definir que la póliza de fletamento. Conforme a esa opinión, se sugirió que, en vez de definir esos tipos de contratos, el Grupo de Trabajo centrara su labor en la preparación de una norma general que definiera los requisitos para considerar que un contrato había sido "negociado con plena autonomía" por las partes, en cuyo caso las disposiciones del proyecto de instrumento sólo se le aplicarían como normas supletorias.

80. El Grupo de Trabajo se mostró claramente a favor de la idea de que se intentaran definir varias series de criterios para determinar cuándo será imperativa la aplicación del proyecto de instrumento. En vez de enumerar los tipos de contratos a los que no se aplicaría el régimen del instrumento, tal vez sería más fácil definir

los supuestos en que no convendría que el proyecto de instrumento fuera imperativamente aplicable. Se sugirió que prevaleciera la autonomía contractual en los siguientes casos: cuando las cláusulas de un contrato fueran libremente negociadas por las partes; cuando un contrato versara sobre la utilización de un buque y no sobre el transporte de mercancías; cuando el transporte se efectuara por algún medio o línea no regular; y cuando se fletara la totalidad o una parte considerable del espacio de un buque. Se reconoció que, aun cuando se especificaran esos criterios, seguiría habiendo un margen de incertidumbre que habría de ser resuelto por los tribunales.

81. Según otra opinión, si bien podía ser conveniente dar un amplio margen a la autonomía contractual de las partes en el régimen del nuevo instrumento, debería enunciarse explícitamente el carácter imperativo de ese régimen para los terceros a los que el proyecto de instrumento confiriera algún derecho.

82. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de este párrafo, con posibles variantes, en que se reflejaran, en lo posible, las opiniones expresadas y las sugerencias formuladas durante el debate anteriormente indicado.

e) Proyecto de artículo 2, párrafo 4

83. A reserva de que se reconsiderara la ubicación actual del párrafo 4 una vez examinado el capítulo 19, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido de este proyecto de disposición era en general aceptable. Se decidió mantener entre corchetes las palabras "[contrato de flete, contrato de volumen, o acuerdo análogo]" para ulteriores debates. El Grupo de Trabajo tomó nota de las sugerencias encaminadas a mejorar el texto. Una de ellas era la de que se insertaran las palabras "o el consignatario" al final del párrafo. Otra consistía en que se suprimiera el término "negociable", que adjetivaba tanto al título de transporte como al documento electrónico, a fin de que el párrafo rigiera también los casos en que se emitiera un título o un documento electrónico no negociable.

f) Proyecto de artículo 2, párrafo 5

84. A reserva de que se reexaminara la ubicación del párrafo 4 una vez examinado el capítulo 19, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido de este proyecto de disposición era en general aceptable.

4. Exenciones de responsabilidad, error o falta de navegación, y carga de la prueba (proyecto de artículo 14)

a) Párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 14

85. El texto de los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 14 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"Artículo 14. Base de la responsabilidad

Variante A de los párrafos 1 y 2

1. El porteador será responsable de la pérdida derivada de la pérdida de las mercancías o del daño sufrido por ellas, así como del retraso en su entrega, si el hecho que causó la pérdida, el daño o el retraso se produjo durante el período de responsabilidad del porteador según se define en el capítulo 3, a menos que pruebe que lo que ha causado la pérdida, el daño o el retraso, o ha contribuido a tales hechos, no es culpa suya ni de ninguna otra persona mencionada en el artículo 15.3.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, si el porteador demuestra que ha cumplido con las obligaciones previstas en el capítulo 4 y que la pérdida o el daño de las mercancías o el retraso en la entrega se han debido [sólo] a uno de los hechos que se citan a continuación [, se presumirá, salvo prueba en contrario, que ni su culpa ni la de una parte ejecutante ha originado [ni ha contribuido a originar] esa pérdida, ese daño o ese retraso.] [, el porteador no será responsable de tal pérdida, daño o retraso, salvo si se demuestra su culpa o la culpa de una parte ejecutante.]

a) [Fuerza mayor], guerra, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo, motines y tumultos civiles;

b) restricciones de cuarentena; injerencia de gobiernos, dirigentes de autoridades públicas, o particulares [incluida la injerencia por proceso jurídico o en virtud de él] o impedimentos creados por las autoridades o personas mencionadas;

c) acto u omisión del porteador, de la parte controladora o del consignatario;

d) huelgas, cierre patronal, interrupción del trabajo o reducción voluntaria del ritmo laboral;

e) pérdida de volumen o peso o cualquier otra pérdida o daño que se deba a la calidad, a un defecto o a una tara inherentes a las mercancías;

f) insuficiencia o estado defectuoso del embalaje o del marcado;

g) defectos ocultos que escapan a una diligencia razonable;

h) manipulación, carga, estibado o descarga de las mercancías por el cargador, la parte controladora o el consignatario, o en su nombre;

i) actos del porteador o de una parte ejecutante de conformidad con las facultades conferidas por los artículos 12 y 13.2, cuando las mercancías se hayan convertido en un peligro para personas o bienes o para el medio ambiente, o cuando hayan sido sacrificadas.

Variante B de los párrafos 1 y 2

1. El porteador quedará exonerado de responsabilidad si demuestra que:

i) ha cumplido con sus obligaciones en virtud del artículo 13.1 [o que su incumplimiento no ha sido la causa de la pérdida, del daño o del retraso [ni ha contribuido a tales hechos]], y que

ii) ni él ni sus empleados o representantes han tenido la culpa de la pérdida, del daño o del retraso [ni han contribuido a tales hechos], o que

la pérdida, el daño o el retraso se han debido a uno de los siguientes hechos:

a) [Fuerza mayor], guerra, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo, motines y tumultos civiles;

b) restricciones de cuarentena; injerencia de gobiernos, dirigentes de autoridades públicas, o particulares [incluida la injerencia por proceso jurídico o en virtud de él] o impedimentos creados por las autoridades o personas mencionadas;

c) acto u omisión del porteador, de la parte controladora o del consignatario;

d) huelgas, cierre patronal, interrupción del trabajo o reducción voluntaria del ritmo laboral;

e) pérdida de volumen o peso o cualquier otra pérdida o daño que se deba a la calidad, a un defecto o a una tara inherentes a las mercancías;

f) insuficiencia o estado defectuoso del embalaje o del marcado;

g) defectos ocultos que escapan a una diligencia razonable;

h) manipulación, carga, estibado o descarga de las mercancías por el cargador, la parte controladora o el consignatario, o en su nombre;

i) actos del porteador o de una parte ejecutante de conformidad con las facultades conferidas por los artículos 12 y 13.2, cuando las mercancías se hayan convertido en un peligro para personas o bienes o para el medio ambiente, o cuando hayan sido sacrificadas;

No obstante, el porteador será responsable de la pérdida, del daño o del retraso si el cargador demuestra que el porteador o sus empleados o representantes han tenido la culpa de tal pérdida, daño o retraso [o han contribuido a esos hechos].

Variante C de los párrafos 1 y 2

1. El porteador será responsable de la pérdida derivada de pérdida de las mercancías, o del daño sufrido por ellas, así como del retraso en su entrega, si el hecho que causó la pérdida, el daño o el retraso se produjo durante el período de responsabilidad del porteador según se define en el capítulo 3.

2. El porteador quedará exonerado de su responsabilidad en virtud del párrafo 1 si demuestra que ni él ni ninguna de las personas mencionadas en el artículo 15.3 han tenido la culpa de la pérdida, del daño o del retraso [ni han contribuido a tales hechos].

2 bis Se presumirá que ni el porteador ni ninguna otra persona mencionada en el artículo 15.3 han tenido la culpa de la pérdida, del daño o del retraso si el porteador demuestra que la pérdida de las mercancías, el daño sufrido por ellas o el retraso en su entrega se han debido [sólo] a uno de los siguientes hechos:

a) [Fuerza mayor], guerra, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo, motines y tumultos civiles;

b) restricciones de cuarentena; injerencia de gobiernos, dirigentes de autoridades públicas, o particulares [incluida la injerencia por proceso jurídico o en virtud de él] o impedimentos creados por tales autoridades o personas;

c) acto u omisión del porteador, de la parte controladora o del consignatario;

d) huelgas, cierre patronal, interrupción del trabajo o reducción voluntaria del ritmo laboral;

e) pérdida de volumen o peso o cualquier otra pérdida o daño que se deba a la calidad, a un defecto o a una tara inherentes a las mercancías;

f) insuficiencia o estado defectuoso del embalaje o del marcado;

g) defectos ocultos que escapan a una diligencia razonable;

h) manipulación, carga, estibado o descarga de las mercancías por el cargador, la parte controladora o el consignatario, o en su nombre;

i) actos del porteador o de una parte ejecutante de conformidad con las facultades conferidas por los artículos 12 y 13.2, cuando las mercancías se hayan convertido en un peligro para personas o bienes o para el medio ambiente, o cuando hayan sido sacrificadas;

La presunción quedará rebatida si el demandante demuestra que la pérdida, el daño o el retraso se debieron a una falta del porteador o de cualquier otra persona mencionada en el artículo 15.3. Además, la presunción quedará rebatida si el demandante demuestra que la pérdida, el daño o el retraso se debieron a uno de los motivos enunciados en los apartados a), b) o c) del párrafo 1 del artículo 13. No obstante, en tal caso, el porteador quedará exonerado de responsabilidad si demuestra haber cumplido la obligación enunciada en el artículo 13."

86. Se informó al Grupo de Trabajo de que se estaban recopilando datos empíricos sobre la propuesta enunciada en los párrafos 10 a 12 del documento A/CN.9/WG.III/WP.34 de mantener los límites de la responsabilidad previstos en las Reglas de La Haya-Visby. Se observó que, a juzgar por los resultados preliminares del análisis de las importaciones y exportaciones de los Estados Unidos, efectuadas mediante contenedores, que se consideraban representativas del tipo de mercancías que regularía el proyecto de instrumento, el valor medio de la mayoría de las cargas expedidas estaba por debajo de los límites por bulto y de los límites de peso previstos en las Reglas de La Haya-Visby. Estos datos continuaban analizándose con miras a poder presentar resultados más precisos al Grupo de Trabajo en su 13º período de sesiones, y se alentaba a otras delegaciones a que averiguaran los datos pertinentes de las estadísticas comerciales de sus respectivos países para comunicárselas al Grupo de Trabajo.

87. A modo de presentación general de la sección III del documento A/CN.9/WG.III/WP.34 relativo a las exenciones de la responsabilidad, el error o la falta de navegación y la carga de la prueba, se explicó al Grupo de Trabajo el enfoque general que se había adoptado. En el párrafo 14 del documento

A/CN.9/WG.III/WP.34 se examinaba la cuestión de si las excepciones enumeradas en el proyecto de artículo 14 del proyecto de instrumento debían considerarse como exenciones o presunciones. Se observó que, en la práctica, no había realmente ninguna diferencia entre los dos enfoques, dado que, en un sistema basado en la exoneración, el porteador aún podría perder el derecho a invocar una exención si el propietario de la carga podía demostrar la falta del porteador. Se propuso que la lista de "peligros exceptuados" que figuraba en el artículo 14 del proyecto de instrumento siguiera considerándose una lista de exoneraciones con miras a lograr una mayor previsibilidad y uniformidad en la aplicación de las excepciones, habida cuenta de la abundante jurisprudencia que había generado el criterio enunciado en las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby. Con respecto a los "peligros exceptuados" se sugirió también que se eliminara la excepción por error o falta de navegación y que se modificara la excepción por incendio para adaptarla al concepto del transporte de puerta a puerta que prevé el proyecto de instrumento, limitando su aplicabilidad a la de una excepción marítima (véase A/CN.9/WG.III/WP.34, párrafos 13 y 16 y 17).

88. Como complemento de la presentación, se argumentó ante el Grupo de Trabajo que la cuestión de los daños sufridos por la carga se dirimía, en la práctica, mediante un proceso en cuatro etapas. En la primera etapa se exigía al demandante que estableciera el fundamento presuntivo de la demanda demostrando que la carga sufrió los daños durante el período de responsabilidad del porteador. En esa primera etapa, el demandante no tenía que demostrar la causa del daño y, de no recibirse ninguna otra prueba, el porteador sería responsable de toda pérdida inexplicada que se produjera durante su período de responsabilidad. En la segunda etapa, el porteador podía rebatir la presunción del demandante demostrando que se daba uno de los "peligros exceptuados" del artículo IV.2 de las Reglas de La Haya y de las Reglas de La Haya-Visby, y que ese peligro era la causa del daño sufrido por la carga del buque. En la tercera etapa, el demandante tenía la oportunidad de demostrar que ese "peligro exceptuado" no era la única causa de los daños y que el porteador había contribuido en parte a ellos al incumplir su obligación de velar debidamente por la carga. Una vez demostrado por el demandante que el daño tenía múltiples causas, se pasaba a la cuarta etapa, en la que se dividía la responsabilidad por los daños entre las diferentes causas. Se señaló que las tres primeras etapas de este enfoque habían funcionado bien desde que se introdujeron en las Reglas de La Haya, y que convendría mantener este enfoque general en el proyecto de instrumento.

89. Por último, se advirtió al Grupo de Trabajo de las consecuencias imprevistas que podría tener la eliminación de la excepción basada en el error de navegación. Se estimó que, en la mayoría de los casos en que las mercancías se perdieran o resultaran dañadas en el mar, el demandante dispondría en general del argumento plausible de que el porteador podría haber reducido las pérdidas de haber adoptado una decisión de navegación distinta y que, por lo tanto, había habido error de navegación. Conforme al derecho actual, ese argumento no prosperaría, porque el error de navegación figuraba entre los "peligros exceptuados". No obstante, se señaló que si se excluía el error de navegación de la lista de "peligros exceptuados", tal como había decidido el Grupo de Trabajo, y si no se ajustaba en consecuencia la carga de la prueba, el porteador tendría que demostrar la división de la responsabilidad entre las distintas causas de la pérdida, lo cual se consideraba una

"carga insuperable". Se opinó que, a fin de cuentas, en la mayoría de los casos el porteador sería considerado plenamente responsable de todos los daños imputables a un error de navegación, y que el porteador podría casi siempre eludir las disposiciones sobre "peligros exceptuados" cuando los daños se produjeran en el mar (esta cuestión se analiza más a fondo en los párrafos 127 y 129 *infra* relativos a la carga de la prueba).

90. El Grupo de Trabajo convino en pasar a examinar las variantes A, B y C del proyecto de artículo 14, enunciadas en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32, analizando, en primer lugar, el enfoque general, continuando con los "peligros exceptuados" y la carga de la prueba, y concluyendo con un debate sobre la diversidad de las causas de la pérdida. Se apoyó el enfoque general respecto del proyecto de artículo 14 que se exponía en el párrafo 88 *supra*. Se sugirió también que, en su debate general, el Grupo de Trabajo decidiera qué criterio prefería para la cuestión de la naturaleza de la responsabilidad (objetiva o con presunción de falta, o tal vez de otra naturaleza). Se apoyó firmemente la opinión de que la naturaleza de la responsabilidad en el proyecto de artículo 14 debía basarse en la presunción de falta. A este respecto recibió también un fuerte apoyo el enfoque adoptado en el párrafo inicial de la variante A del proyecto de artículo 14. Además, se estimó que el proyecto de artículo 14 no debería examinarse de forma aislada sino que debería estudiarse el balance general de la distribución de los riesgos entre las partes en todo el instrumento, y que el proyecto de artículo 13, relativo a la obligación de diligencia debida del porteador, también debería examinarse en este contexto. El Grupo de Trabajo hizo suyo en general el criterio de que el porteador debería ser responsable de las pérdidas no explicadas que se produjeran durante su período de responsabilidad, pero que dicho porteador debería tener la oportunidad de demostrar posteriormente la causa del daño. En vista de este acuerdo general, se consideró que sería innecesario utilizar, en el proyecto de artículo 14, palabras tan fuertes como "falta", "presunción" y "exoneración", ya que podrían ser mal interpretadas. Según una opinión contraria, no era preciso evitar la palabra "falta", ya que esta palabra había figurado desde el principio en el régimen de la responsabilidad de las Reglas de La Haya; además, su significado era inambiguo y no podría crear confusiones.

91. En el debate sobre las variantes A, B y C del proyecto de artículo 14 se apoyó firmemente el texto de la variante A. Se consideró que la variante A se ajustaba más al enfoque clásico de la responsabilidad del porteador y que expresaba con mayor claridad el hecho de que las pérdidas no explicadas seguirían siendo responsabilidad del porteador. Se sugirieron ciertas mejoras en el enunciado de la variante A. Concretamente, se propuso que el texto del párrafo 1 terminara después de las palabras "en el capítulo 3" y que se suprimiera el resto del párrafo. También se estimó que en las variantes A y C la referencia al artículo 15.3 inducía a error y era redundante, por lo que debería suprimirse. Esta sugerencia recibió cierto apoyo. A este respecto se propuso también que las palabras "persona mencionada en el artículo 15.3" se sustituyeran por las palabras "parte ejecutante". En otra sugerencia más general se propuso que el texto del proyecto de artículo 14 siguiera el enfoque adoptado en los convenios de transporte unimodal existentes y empezara enunciando una regla básica de responsabilidad, por ejemplo, con un texto del siguiente tenor: "El porteador será responsable de la pérdida de mercancías o de los daños sufridos por éstas si tales hechos se producen durante el período en que las mercancías estén bajo la custodia del porteador". Se sugirió que no se hiciera

referencia a ningún tipo de culpa o falta y que, en un párrafo subsiguiente, se enumeraran los supuestos en que el porteador quedaría exonerado de responsabilidad por la pérdida o los daños.

92. El texto de la variante B del proyecto de artículo 14 recibió cierto apoyo, particularmente porque no trataba la lista de "peligros exceptuados" como presunciones sino como exoneraciones. Se observó que el enfoque general de la variante B era el que se aproximaba más al de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby al disponer que el porteador no era responsable en absoluto mientras el demandante no demostrara que la pérdida se produjo durante el período de responsabilidad del porteador y que, si se demostraba esto, era aplicable la lista de "peligros exceptuados"; llegado el caso, el demandante tendría entonces la oportunidad de rebatir esas excepciones y de demostrar que la pérdida se debió a otra causa de la que el porteador sí era responsable, como la falta de navegabilidad del buque. No obstante, se objetó que en la variante B no quedaba clara en absoluto la responsabilidad del porteador y que en el párrafo 1 se "exoneraba de responsabilidad" al porteador sin antes haber enunciado los casos en que sí sería responsable. Se respondió que en la variante B no hacía falta un párrafo comparable al párrafo 1 de las variantes A y C debido a que al final de la variante B ya había un párrafo equivalente.

93. No se apoyó la variante C.

94. En cuanto a la redacción, se formularon reservas sobre las palabras "ni ha contribuido a originar" y "ni han contribuido a tales hechos", que figuraban en las variantes A, B y C al referirse a las partes que han originado o han tenido la culpa de la pérdida, el daño o el retraso o que han contribuido a todo ello. Se estimó que esas palabras daban a entender que si el porteador era parcialmente responsable de la pérdida, aunque sólo lo fuera en un 5%, incurriría en responsabilidad por la totalidad de la pérdida. Se propuso que se suprimieran esas palabras o que se puntualizara que el porteador sólo sería responsable en la medida en que hubiera contribuido a la pérdida o al daño.

95. El Grupo de Trabajo se inclinó globalmente por el enfoque de la variante A del proyecto de artículo 14.

96. Un grupo de redacción oficioso, integrado por cierto número de delegaciones, preparó un texto revisado del proyecto de artículo 14, basado en las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre las variantes A, B y C. El primer texto revisado del proyecto de artículo 14 que se sometió al examen del Grupo de Trabajo fue el siguiente:

> "Revisión sugerida del proyecto de artículo 14
>
> 1. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2, el porteador deberá indemnizar toda pérdida o daño de las mercancías, así como todo retraso en su entrega, si el [cargador] prueba que
>
> a) la pérdida, el daño, o el retraso; o
>
> b) el hecho que ocasionó la pérdida, el daño o el retraso se produjeron durante el período de responsabilidad del porteador, conforme a la definición del capítulo 3.

2. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3, el porteador quedará exonerado de su responsabilidad con arreglo al párrafo 1, si demuestra:

[i) que ha cumplido con sus obligaciones a tenor del artículo 13.1, o que su incumplimiento no ha sido la causa de la pérdida, del daño o del retraso, y]

ii) que ni él ni sus empleados o representantes [, ni una parte ejecutante,] han causado la pérdida, el daño o el retraso [o han contribuido a tales hechos]; o

que la pérdida, el daño o el retraso son imputables a alguno de los siguientes hechos:

a) [lucha antiincendios]; o

b) ...; o

... [*insértese aquí todo concepto adicional que se desee ver incluido en la lista*].

3. Si el [cargador] demuestra que la pérdida, el daño o el retraso son también imputables a una falta del porteador o de sus empleados o representantes [, o de una parte ejecutante], la responsabilidad deberá distribuirse de conformidad con lo previsto en el párrafo 4. [En la medida en que [el cargador] demuestre que la pérdida, el daño o el retraso son imputables al hecho de que el porteador incumplió su deber de

a) cerciorarse de las buenas condiciones de navegabilidad del buque [, y de mantenerlas];

b) equipar y avituallar debidamente el buque o de dotarlo de una tripulación adecuada; o

c) cerciorarse de que la bodega u otras partes del buque en que se coloquen las mercancías (incluidos los contenedores en los cuales o sobre los cuales se transporten las mercancías, cuando los suministre el porteador) son aptas y seguras para la recepción, el transporte y la preservación de las mercancías (y de que se mantienen esas condiciones);

en tal caso, el porteador quedará exonerado de toda responsabilidad si prueba que obró con la debida diligencia, como se le exige en el proyecto de artículo 13.1.]

4. [Insértese aquí la disposición relativa a la distribución de la responsabilidad para supuestos de pluralidad de causas; véase el proyecto de artículo 14.3 y la nota de pie de página 79 en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.]"

97. A modo de presentación, se informó al Grupo de Trabajo de que la versión revisada del artículo 14 no tenía por objeto seguir el criterio de la exoneración o el de la presunción, aunque tal vez se aproximaba más al criterio de la presunción. Se informó asimismo al Grupo de Trabajo de que, en su versión revisada, el artículo 14.1 reflejaba básicamente el contenido del párrafo 1 de las variantes A y C. Como pequeño retoque cabe señalar la introducción entre corchetes de la palabra "cargador" en los párrafos 1 y 3 de la versión revisada del artículo 14, a fin de

indicar que el término utilizado debería ajustarse a lo que dispusiera el artículo 63 del proyecto de instrumento sobre la persona con derecho a presentar una demanda en virtud del contrato de transporte. A diferencia de las variantes A, B o C del proyecto de instrumento, el texto revisado del artículo 14.1 indicaba claramente cuál de las partes habría de fundamentar la presunción de que la pérdida o el daño se produjeron durante el período de responsabilidad del porteador. Se observó además que la versión revisada del artículo 14.1 tenía por objeto reflejar el consenso al que había llegado el Grupo de Trabajo de que el porteador habría de responder de toda pérdida no explicada, por lo que se había incluido en ese texto el apartado a) para todo supuesto de pérdida por causa desconocida, y el apartado b) para todo supuesto en que se conociera la causa de la pérdida.

98. Se informó también al Grupo de Trabajo de que la versión revisada del artículo 14.2 tenía por objeto permitir que el porteador pudiera demostrar todo motivo que le exonerara de responsabilidad, y de que en el apartado ii) se enunciaba la lista "peligros exceptuados", mientras que la frase inicial del apartado ii) correspondía a la del artículo IV.2.q de las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby. Se dijo que, por no estar aún claro en qué parte del instrumento se había de insertar la disposición relativa a la obligación de asegurar las buenas condiciones de navegabilidad del buque, se habían presentado dos variantes: una en el apartado i) de la versión revisada del artículo 14.2, y otra, entre corchetes, en el proyecto de artículo 14.3. La regla relativa a la obligación de navegabilidad de la versión revisada del artículo 14.2 tenía por objeto presentarla como una obligación básica, mientras que la versión revisada del artículo 14.3 la presentaba como una más de las cuestiones que el propietario de la carga habría de probar al defender su demanda, a reserva de que el porteador consiguiera probar que él, por su parte, había obrado con la debida diligencia. La versión revisada del artículo 14.3 tenía por objeto prever el supuesto de que el propietario de la carga pudiera demostrar, en su demanda, que el porteador había contribuido a la pérdida, probando alguna causa adicional de la misma. Se observó que, si el propietario de la carga probaba con éxito este extremo, se habría de invocar la regla enunciada en la versión revisada el artículo 14.4, que determinaría la distribución de la responsabilidad por la pérdida a la luz de lo dispuesto en el proyecto de artículo 14.3 del proyecto de instrumento o con arreglo a lo previsto en el texto de la nota de pie de página 79 del documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

99. El Grupo de Trabajo se mostró complacido con la versión revisada del artículo 14 que, a su entender, podría constituir un notable avance. Se estuvo de acuerdo en que el texto debería ser estudiado y reconsiderado a lo largo de los próximos meses antes del 13º período de sesiones del Grupo de Trabajo. Se expresó el parecer de que ese texto debería examinarse cuidadosamente a fin de no imponer ninguna nueva carga probatoria a todo propietario de una carga que deseara presentar una demanda. Otra inquietud suscitada fue la de que la vía tradicional por la que el demandante o propietario de la carga acostumbraba a demostrar que los daños se habían producido durante el transporte era la de presentar un conocimiento de embarque limpio, o sin reservas en cuanto a defectos en las mercancías. No obstante, se explicó que la versión revisada del artículo 14.1 tenía por objeto ofrecer al demandante la posibilidad de optar entre el criterio tradicional del apartado a) consistente en la presentación de un conocimiento de embarque limpio, y el criterio del apartado b), que permitía al demandante demostrar que la carga había sufrido los

daños durante el transporte, aun cuando éstos se descubrieran ulteriormente. Se observó que, si bien el texto del apartado b) podría resultar redundante, se habían previsto las dos opciones a fin de dar una mayor claridad a la disposición.

100. Se pidieron algunas aclaraciones respecto de la versión revisada. Se expresó inquietud ante la posibilidad de que la versión revisada del artículo 14.1 b) no abarcara el supuesto de los daños no instantáneos sino resultantes de un proceso, como los provocados por la acción corrosiva del agua de mar. Se sugirió sustituir, en la versión revisada del artículo 14.1 b) la frase "el hecho que ocasionó la pérdida, el daño o el retraso" por "la pérdida, el daño o el retraso ocasionados" a fin de prever el caso en que el daño fuera fruto de un proceso continuo y de facilitar la prueba del daño por el demandante, de modo que no se viera obligado a probar la causa exacta de la pérdida o del daño, sino únicamente el hecho de que el daño se produjo durante el período de responsabilidad del porteador. Esta opinión obtuvo cierto apoyo. Ahora bien, también se apoyó el parecer de que el texto actual revisado del artículo 14.3 ya regía adecuadamente el supuesto de daños resultantes de una acción continua. Se estimó también que la versión revisada del artículo 14.1 no aclaraba si la responsabilidad del porteador se basaba en la presunción de culpa por parte de éste. Se respondió que los principios enunciados en la variante A del proyecto de artículo 14 se reflejaban en todos sus párrafos, y no sólo en uno de ellos.

101. A fin de optimizar los resultados de las consultas que se celebraran antes del 13º período de sesiones del Grupo de Trabajo, el grupo de redacción oficioso preparó una segunda versión revisada del proyecto de artículo 14, basada en las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo sobre las variantes A, B y C del artículo 14 y sobre la primera versión revisada del artículo 14. El texto de la segunda versión revisada del proyecto de artículo 14 sometido al examen del Grupo de Trabajo era el siguiente:

"Revisión sugerida del artículo 14

1. El porteador deberá indemnizar toda pérdida resultante de la pérdida de las mercancías, de los daños sufridos por ellas y del retraso en su entrega, si el [cargador] demuestra que

a) la pérdida, el daño o el retraso; o

b) el suceso que ocasionó la pérdida, el daño o el retraso [o que contribuyó a tales hechos]

se produjo durante el período de responsabilidad del porteador definido en el capítulo 3, a menos [y siempre] que el porteador demuestre que ninguna falta suya ni de ninguna persona mencionada en el artículo [15.3] ocasionó la pérdida, el daño o el retraso [ni contribuyó a tales hechos].

2. [El porteador quedará exonerado de su responsabilidad con arreglo al párrafo 1 siempre [y en la medida en] que pruebe que la pérdida, el daño o el retraso fueron causados] [Se presumirá que ninguna falta del porteador ni de ninguna persona mencionada en el artículo [15.3] ha causado la pérdida, el daño o el retraso, siempre [y en la medida en] que el porteador pruebe que la pérdida, el daño o el retraso fueron causados] por uno de los hechos siguientes:

a) [incendio]; o

b) ...; o

... [*insértese aquí todo otro hecho que se desee incluir en la lista*]

a menos [y siempre] que el [cargador] demuestre que

i) alguna falta del porteador o de una persona mencionada en el artículo [15.3] ocasionó el hecho invocado por el porteador en el marco del presente apartado [o contribuyó a él]; o

ii) algún otro hecho, distinto de los enunciados en el presente apartado, contribuyó a la pérdida, al daño o al retraso.

3. En la medida en que el [cargador] demuestre [los siguientes hechos] [que la pérdida, el daño o el retraso fueron causados por]:

i) las deficientes condiciones de navegabilidad del buque;

ii) deficiencias en la dotación de tripulación, en el equipamiento y en el avituallamiento del buque; o

iii) el hecho de que la bodega u otras partes del buque en que se coloquen las mercancías (incluidos los contenedores en los cuales o sobre los cuales se transporten las mercancías, cuando los suministre el porteador) no sean aptas ni seguras para la recepción, el transporte y la preservación de las mercancías;

en tal caso el porteador será responsable con arreglo al párrafo 1, salvo que demuestre que:

a) cumplió con su deber de obrar con la debida diligencia como se le exige en el artículo 13.1. [; o que

b) la pérdida, el daño o el retraso no fueron causados por ninguno de los hechos mencionados en los incisos i), ii) y iii).]

[4. En todo supuesto de causas concurrentes a las que sea imputable alguna parte de la pérdida, del daño o del retraso, el tribunal deberá determinar la cuantía de la indemnización a cargo del porteador en función del grado en que la causa que le sea imputable haya contribuido a la pérdida, al daño o al retraso.] [El tribunal sólo podrá distribuir por partes iguales la responsabilidad si no consigue determinar con exactitud el grado en que cada causa ha contribuido a la pérdida, al daño o al retraso o si determina que el grado de culpa es efectivamente imputable a todas las causas por igual.]"

102. A modo de presentación de la segunda versión revisada del artículo 14, se informó al Grupo de Trabajo de que en el párrafo 1 se pretendía enunciar las reglas básicas para repartir la carga de la prueba entre el demandante y el porteador. Se explicó que, al igual que con la anterior versión revisada del artículo 14, se exigía al demandante que probara la pérdida sobrevenida y que dicha pérdida se había producido durante el período de responsabilidad del porteador. Esta regla partía de la base de que el porteador habría de ser responsable de toda pérdida no explicada. Se observó que el párrafo 2 de la segunda versión revisada ofrecía, en su encabezamiento, dos variantes entre corchetes, que reflejaban las discrepancias

persistentes sobre si los "peligros exceptuados" debían conceptuarse como exoneraciones de la responsabilidad o como presunciones de falta de responsabilidad. La primera de las dos variantes se basaba en el criterio de la exoneración, mientras que la segunda reflejaba el criterio de la presunción. Se explicó además que en el encabezamiento del párrafo 3 figuraban dos variantes entre corchetes que reflejaban la divergencia de pareceres entre quienes propugnaban que el demandante sólo tuviera que probar que se daban los hechos enunciados en los apartados i), ii) y iii) y los partidarios de que se exigiera además la demostración de que esos hechos habían causado la pérdida, el daño o el retraso. Se observó que el párrafo 3 b) figuraba entre corchetes debido a que ese texto sólo sería necesario si el Grupo de Trabajo optaba por la primera variante del encabezamiento del párrafo 3. Se informó asimismo al Grupo de Trabajo de que el grupo de redacción oficioso no había tenido tiempo para preparar una formulación adecuada del párrafo 4, por lo que el texto propuesto se limitaba a ilustrar los distintos pareceres expresados en el Grupo de Trabajo.

103. En el Grupo de Trabajo hubo acuerdo general en que, al igual que respecto de la primera versión revisada del artículo 14, no cabía adoptar una decisión definitiva respecto de la segunda versión revisada sin haberla examinado más a fondo y sin antes realizar consultas al respecto. Ahora bien, predominó el parecer de que con la segunda versión revisada se habían mejorado los proyectos anteriores, por lo que convendría que el Grupo de Trabajo utilizara esta última versión como base para sus futuras deliberaciones sobre el artículo 14. En cuanto a la redacción, se indicó que en la versión inglesa de todo el artículo revisado se empleaba tanto el futuro como el presente al hablar de la responsabilidad del porteador, por lo que convendría armonizar los tiempos en aras de la coherencia.

104. Respecto del párrafo 1 de la segunda versión revisada del artículo 14, se expresó la opinión de que su texto reflejaba básicamente el enfoque de la variante A del artículo 14, por el que se habían inclinado la mayoría de las delegaciones. El Grupo de Trabajo se mostró firmemente favorable tanto al enfoque adoptado en el párrafo 1 como a los principios en él reflejados. Se subrayó el inconveniente de que la disposición no indicaba de forma suficientemente explícita que el porteador podía demostrar que sólo tenía parcialmente la culpa del hecho acaecido. Se respaldó la idea de que convendría aclarar este punto. A este respecto se formuló una sugerencia, a la que se respondió que, para resolver el problema, no bastaría con insertar en el párrafo las palabras "en la medida que", como en el párrafo 2. Frente a la pregunta de cómo habría de asumir el demandante la carga de la prueba que se le asignaba en el párrafo 1, se reiteró que el demandante era quien mejor podía probar el daño y quien mejor podía demostrar que el daño se había producido durante el período de responsabilidad del porteador, dado que el demandante sólo tenía que probar que las mercancías habían sido entregadas al porteador en buen estado y que el consignatario las había recibido con desperfectos.

105. Se sugirieron otros cambios de redacción en el párrafo 1. Concretamente, se propuso que la frase "el porteador demuestre que ninguna falta suya ni de ninguna otra persona", que exigía una prueba negativa, se modificara empleando términos que requirieran una prueba positiva. A este respecto se observó que las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby utilizaban una fórmula prácticamente idéntica en su artículo IV.2.q, por lo que los términos utilizados no suponían un enfoque innovador. Se sugirió, en segundo lugar, que se suprimiera la frase que precedía al

apartado a) (si el [cargador] demuestra que), pero otras delegaciones se declararon partidarias de mantener esas palabras en el texto, ya que servían para indicar cuál era la parte sobre la que recaía la carga de la prueba. En tercer lugar, se sugirió sustituir el término "cargador", que aún figuraba entre corchetes, por el término "demandante", que podría definirse en función del artículo 63 del proyecto de instrumento.

106. El Grupo de Trabajo examinó a continuación la segunda versión revisada del artículo 14.2 preparada por el grupo de redacción oficioso. Al igual que con previas variantes de este párrafo, el debate del Grupo de Trabajo se centró nuevamente en determinar si se prefería que la lista de "peligros exceptuados" se basara en el criterio de la exoneración de responsabilidad o en el de la presunción de carencia de responsabilidad. Se expusieron opiniones similares a las expresadas en los párrafos 87, 90, 97 y 102 *supra* (véase también el párrafo 119 *infra*). Una vez más se apoyó el parecer de que el criterio de la presunción era preferible, mientras que una minoría manifestó su preferencia por el criterio de la exoneración. Se planteó la cuestión de si con la sustitución de las palabras "Cabe presumir" por "cabe considerar", en la segunda de las variantes, se mitigaría la preocupación expresada por las delegaciones opuestas al criterio de la presunción. Sin embargo, muchas delegaciones afirmaron que no se inclinaban por uno u otro criterio, particularmente teniendo en cuenta que, como se preveía, los resultados jurídicos de ambos serían los mismos.

107. Se expresaron algunas reservas sobre la redacción del párrafo 2. Según uno de los pareceres, el texto del apartado 2 ii) era superfluo, mientras que otras delegaciones opinaron que ese apartado era necesario, dado que englobaba diferentes circunstancias, concretamente el supuesto en que un cargador o demandante demostrara no solamente la culpa del porteador con respecto a uno de los "peligros exceptuados", sino también un hecho adicional atribuible al porteador que no figurara en la lista y que hubiera contribuido a las pérdidas o a los daños. Según una preocupación más general, la estructura de la primera variante del párrafo 2 podría originar confusión, pues parecía dar a entender que el porteador tenía que demostrar, con arreglo a los párrafos 1 y 2, que no era responsable de las pérdidas, daños o retrasos. Se apoyó la propuesta de que si el Grupo de Trabajo optaba por la primera variante del párrafo 2, habría que dejar claro que el párrafo 2 tenía la finalidad de ofrecer al porteador otra posibilidad de demostrar su inocencia, además de la que le brindaba el párrafo 1. Se sugirió que se aclarara esa finalidad insertando, en el párrafo 2, palabras por las que se hiciera patente su relación con el párrafo 1.

108. Se informó al Grupo de Trabajo de que con el fin de superar las discrepancias entre las delegaciones partidarias del criterio de la exoneración en los "peligros exceptuados" y aquellas que preferían el de la presunción, y basándose en el debate sobre las variantes A, B y C del proyecto de artículo 14 y de textos oficiosos anteriormente presentados al Grupo de Trabajo, una delegación había preparado una nueva versión revisada de los párrafos 2 y 4 del proyecto de artículo 14. El texto de esta tercera versión revisada presentado al Grupo de Trabajo era el siguiente:

"2. Cuando el porteador [, en vez de tener que probar que está exento de culpa, como se dispone en el párrafo 1,] demuestre que la pérdida, el daño o el retraso fue causado por uno de los siguientes hechos:

i) .....

sólo será considerado responsable de tal pérdida, daño o retraso cuando el demandante demuestre que:

i) la falta del porteador o de una persona mencionada en el artículo 14 bis causó el hecho invocado por el porteador con arreglo a este párrafo [o contribuyó a él]; o que

ii) un hecho distinto de los enumerados en el presente párrafo contribuyó a la pérdida, al daño o al retraso.

4. En caso de que la falta del porteador o de una persona mencionada en el artículo 14 bis haya contribuido a la pérdida, al daño o al retraso, y cuando estos hechos obedezcan también a causas concurrentes de las que el porteador no sea responsable, [se determinará] [el tribunal determinará] la cuantía de la indemnización a cargo del porteador, sin perjuicio del derecho de éste a limitar su responsabilidad en virtud del artículo 18, en función del grado en que la causa que le sea imputable haya contribuido a la pérdida, al daño o al retraso."

109. Se hizo la aclaración de que en la frase que figura entre corchetes en la primera línea de esta tercera versión revisada del párrafo 2 se trataba de mitigar las preocupaciones expresadas anteriormente (véase el párrafo 107) y de dejar explícita la relación existente entre los párrafos 1 y 2. Se indicó asimismo que la propuesta pretendía abarcar la lista completa de "peligros exceptuados", y que, después de la primera oración del párrafo 4 de esta tercera propuesta, debería agregarse la segunda variante de la segunda versión revisada del artículo 14.4 (véase el párrafo 101 *supra*), en la que se hacía referencia a la llamada regla de distribución por igual ("50-50") de la responsabilidad (véanse los párrafos 140 a 144 *infra*).

110. Al igual que respecto de otras versiones anteriores del artículo 14, hubo acuerdo general en que, si bien no podía adoptarse una decisión definitiva al respecto sin antes haber mantenido consultas y sin haber examinado su texto más a fondo, la tercera propuesta sentaba una base sólida para llegar a un acuerdo entre los partidarios de uno y otro enfoque respecto de la lista de los "peligros exceptuados". Hubo unanimidad a favor de que la tercera versión revisada (concretamente sus párrafos 2 y 4) y la segunda versión revisada (para el resto del proyecto de artículo 14) sirvieran de base para futuras deliberaciones sobre el artículo 14.2, a reserva de las sugerencias de forma que se indican a continuación. Según uno de los pareceres expresados, convendría mantener en el proyecto de instrumento, además de esas dos versiones revisadas, la variante A del artículo 14.1 y 14.2 de la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.32) para seguir examinándolas en ulteriores debates. Si bien el Grupo de Trabajo no aceptó esa opinión, se señaló que en el presente informe se recogía, para su ulterior consulta, el texto de todas las variantes, incluido el de la variante A, que había recibido un apoyo considerable. En el contexto de este debate, se sugirió que en el proyecto de instrumento se enunciara, como principio general, la obligatoriedad del seguro para todo porteador. Esta sugerencia suscitó una vehemente oposición.

111. Se sugirieron cambios de redacción para mejorar el párrafo 2 de la tercera versión revisada. Se advirtió al Grupo de Trabajo de que el texto del párrafo 2 ii) podría dar a entender que el cargador o demandante habrían de probar la causa adicional de la pérdida y demostrar también que dicha causa no figuraba en la lista de "peligros exceptuados" del párrafo 2 i). Se apoyó la sugerencia de que, para evitar tal interpretación, se insertara en el párrafo 2 ii), después de las palabras "un hecho distinto de los enumerados en el presente párrafo", la frase "que invoque el porteador".

112. El Grupo de Trabajo dio su apoyo a otros retoques formales del texto, que reflejaban las observaciones hechas durante los debates sobre las diversas versiones del artículo 14. Se convino en que, al principio del párrafo 2, después de la palabra "cuando", se agregaran las palabras "[y en la medida en que]", y en que la frase que figuraba al final de la lista de "peligros exceptuados" se suprimiera y se sustituyera por la frase "será considerado responsable de tal pérdida, daño o retraso si [y en la medida en que] el demandante demuestre que:" Otro retoque convenido fue que se aclarara la relación entre los párrafos 2 y 3, a fin de que el primero no obstaculizara el recurso a la regla del párrafo 3. Se decidió que se insertaran, al comienzo del párrafo 2, las palabras "sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3,".

113. El Grupo de Trabajo convino además en suprimir los corchetes de la frase del encabezamiento del párrafo 2, a fin de resolver el problema planteado de que se interpretara mal la relación existente entre los párrafos 1 y 2. Se sugirió además que la frase que figuraba inmediatamente después de los peligros exceptuados se sustituyera por las palabras "el porteador seguirá siendo responsable" o "el porteador deberá responder de tal pérdida, daño o retraso". El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que considerara la conveniencia de presentar un texto más apropiado a este respecto, teniendo presente el deseo expresado de que, en toda sustitución del enunciado actual, se tuviera en cuenta que con el párrafo 2 se pretendía ofrecer otra opción, además de la regla del párrafo 1.

114. Se observó también que la relación entre el párrafo 2 y el párrafo 1 resultaría poco clara si se mantenía, en su forma actual, el texto de la tercera versión revisada. A fin de poner de manifiesto el acuerdo general de que cuando el cargador o el demandante demostraran que el daño era imputable al porteador pero por una causa no enumerada en la lista de "peligros exceptuados" del inciso ii), debería poderse invocar de nuevo la regla del párrafo 1, el Grupo de Trabajo convino en insertar, al final del inciso ii), la frase "En tal caso, la responsabilidad se determinará de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1".

115. En una última observación sobre el enunciado del párrafo 2 de la tercera versión revisada, se señaló que si bien las diversas enmiendas de redacción reseñadas en los anteriores párrafos habían aclarado la relación entre los párrafos 1 y 2 y entre los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 14, tal vez habían restado claridad a las disposiciones de los incisos i) y ii) del párrafo 2 respecto de la prueba en contrario. Se sugirió dividir el texto del párrafo 2 en dos frases a fin de resolver este eventual problema. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara ese posible problema y que, si lo estimaba aconsejable, sugiriera cambios de redacción que mejoraran el texto.

116. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la tercera versión revisada del artículo 14.2, a reserva de los cambios convenidos y reseñados en los párrafos anteriores, que serviría de base para ulteriores debates.

b) Lista de "peligros exceptuados" en el artículo 14

117. El Grupo de Trabajo pasó a examinar la lista de "peligros exceptuados" en el proyecto de artículo 14. Se apoyó la opinión general de que esa lista de peligros o riesgos debería ajustarse al máximo a la que figura en las letras *c* a *q* del artículo IV.2 de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby, a fin de mantener la certeza y previsibilidad que se había logrado con la abundante legislación al respecto. Se sugirieron dos excepciones a este enfoque general: la supresión de la excepción del artículo IV.2.a (error de navegación), y la reformulación de la excepción del artículo IV.2.b (incendio) para dejar claro que su aplicación se limitaba al tramo marítimo del transporte. Estas propuestas también recibieron apoyo. Se sugirió también que se enmendara el concepto de obligación imperativa del porteador de ofrecer un buque que esté en buenas condiciones de navegación, prevista en las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby, de modo que la cuestión de la navegabilidad del buque sólo fuera pertinente en la tercera etapa de una demanda por daños sufridos por la carga, es decir, la etapa en que el demandante podía demostrar que la deficiente navegabilidad del buque era una de las causas de los daños y rebatir así la invocación, por el porteador, de uno de los "peligros exceptuados".

118. Con respecto a la utilización de la lista de "peligros exceptuados" de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby, se explicó que la regla original fue el resultado de una transacción que se concertó en su día para que el texto fuera aceptable tanto en los ordenamientos jurídicos basados en el derecho civil como en los ordenamientos de *common law*. Según varias opiniones, la lista de "peligros exceptuados" no era necesaria en muchos Estados, pero no hubo reparos en que siguiera figurando en el proyecto de instrumento a fin de ser aceptable para todos los ordenamientos jurídicos y de preservar toda la legislación que se había aprobado gracias a la amplia difusión de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby.

119. Con respecto a la cuestión de si las excepciones de la lista de "peligros exceptuados" del proyecto de artículo 14 debían seguir tratándose como exoneraciones o debían considerarse presunciones, se apoyaron ambas posiciones. Se objetó que si las excepciones basadas en la lista de peligros se trataban como exoneraciones, podía crearse confusión, pues en tal caso podría entenderse que una vez que el porteador hubiera demostrado la existencia de uno de los riesgos enumerados en la lista, el demandante ya no tendría derecho a rebatir esa prueba eximente ni a demostrar que el hecho que causó total o parcialmente los daños se debió a una falta del porteador. Una delegación señaló que si, por ejemplo, la excepción del apartado d) (huelgas) era tratada como una exoneración, y no como una presunción, el porteador podría quedar exonerado por huelgas que se debieran a su propia actuación. Se estimó en general que, independientemente de si las excepciones a la responsabilidad general del porteador se expresaban por referencia a la teoría jurídica de las exoneraciones o sobre la base de un conjunto de presunciones, era esencial preservar en el proyecto de instrumento un mecanismo de refutación.

120. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el contenido específico de cada uno de los riesgos enumerados. Se expresó la opinión de que la excepción enunciada en el apartado a) de las tres variantes del proyecto de artículo 14 (fuerza mayor) era innecesaria, pues ya se había incorporado al proyecto de instrumento la disposición general sobre fuerza mayor que figuraba en el artículo IV.2.q de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby. No obstante, se opinó que si se eliminaba de la lista de "peligros exceptuados" la excepción por "fuerza mayor", podrían producirse interpretaciones judiciales erróneas debido a las posibles especulaciones sobre los motivos por los que se hubiera suprimido esa excepción de la lista del proyecto de instrumento. La propuesta de mantener en el texto la excepción de "fuerza mayor" recibió un amplio apoyo.

121. Se apoyó la inclusión de la piratería y el terrorismo entre los "peligros exceptuados" en el apartado a) de la lista. Si bien se expresaron algunas dudas sobre la definición precisa de "terrorismo", se observó que este término ya se había definido en cierto número de países. Se opinó que, en cualquier caso, no era necesario formular una definición precisa de "terrorismo", ya que la palabra expresaba una determinada intención, y lo importante era determinar si el hecho se debía a la falta del porteador. Según la opinión general, la piratería y el terrorismo deberían figurar en la lista.

122. Con respecto al apartado b) de la lista de peligros, se sugirió que se suprimieran los corchetes y que las palabras que figuraban entre corchetes se incorporaran al texto, pero procurando que coincidieran con las utilizadas en las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby. Se apoyó esta posición, pero se formuló la pregunta de si las palabras "incluida la injerencia por proceso jurídico o en virtud de él" podían englobar la situación en que un demandante obtuviera el embargo preventivo de un buque. Se sugirió que se aclarara el significado de las palabras "injerencia por proceso jurídico o en virtud de él".

123. Con miras a ampliar el alcance del apartado d) de la lista de "peligros exceptuados", se sugirió complementarlo agregando, al final de su texto, las palabras "cualquiera que sea su causa". Esta propuesta suscitó reparos por considerarse que algunas huelgas podrían ser provocadas total o parcialmente por actos imputables al porteador o al propietario del buque, como sucedería si el propietario denegara alguna demanda razonable de la tripulación. Se sugirió que se hiciera una distinción entre las huelgas generales y las huelgas que afectaran sólo al negocio del porteador y de las que éste pudiera tener una parte de responsabilidad.

124. Respecto del apartado i) de la lista de "peligros exceptuados", se sostuvo que el hecho de que ese apartado no figuraba ni en la Reglas de La Haya ni en las de La Haya-Visby, no era óbice para no incluirlo en el proyecto de instrumento.

125. Se cuestionaron ciertos aspectos de la formulación del proyecto de lista. Se expresaron dudas respecto del significado exacto de la expresión "reducción voluntaria del ritmo laboral", que figuraba en el apartado d) de la lista. Se cuestionó igualmente el empleo de la palabra "*rulers*" ("dirigentes" o gobernantes) en el apartado b) por estimarse que era un término que carecía de sentido en la realidad política actual. Se sugirió que, en el apartado f), se especificara que el embalaje o el marcado deficientes fueran obra del cargador. Obtuvo además apoyo la opinión de que en el apartado g) de la lista del proyecto de instrumento se dejara claro que los "defectos ocultos" de los que se hablaba eran los que eventualmente tuviera el

buque. Se sugirió también que se diera mayor claridad al apartado g) sustituyendo las palabras "que escapan a una diligencia razonable" por "que no quepa descubrir mediante un examen diligente", si bien se señaló que la expresión "*due diligence*" del texto inglés traducía las palabras "*diligence raisonnable*" del texto francés de las Reglas de La Haya. Se observó asimismo que si la expresión "*due diligence*" aparecía en otras disposiciones del texto, por ejemplo en el proyecto de artículo 13, en aras de la coherencia interna del texto, convendría insertarla también en el apartado g). Se sugirió suprimir las palabras "o en su nombre" del cargador en el apartado h) por considerarse que se prestaban a confusión, dado que si el porteador era quien manipulaba las mercancías, debía ser él el que respondiera de los daños. Se sugirió además que se ampliara el alcance de los apartados a) y b) insertando al final de cada uno las palabras "y todo otro hecho que no sea culpa del porteador".

126. Respecto de la excepción por concepto de incendio, que actualmente figura en el capítulo 6 del proyecto de instrumento, se expresó el parecer de que su formulación no estaba clara al dar a entender que la falta eventualmente imputable al porteador había de ser una falta personal. Se preguntó si esa excepción era necesaria, habida cuenta de que en virtud de otras disposiciones el porteador ya había de responder de los actos de sus empleados o representantes. Ahora bien, se señaló que si se mantenía la excepción por concepto de incendio, por ser una excepción tradicional, debería reformularse el texto a fin de que quedara claro que el porteador habría de responder también de los actos de sus empleados o representantes. Se expresó asimismo el parecer de que, al introducirse esta excepción, se impondría injustamente la carga de la prueba al consignatario. Estas opiniones obtuvieron cierto apoyo, pero también se expresó el parecer de que la excepción por concepto de incendio debería ser formulada en términos idénticos a los de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby.

127. Respecto de la eliminación de la excepción por error de navegación, cierto número de delegaciones se mostraron de acuerdo en que existía el peligro de que, de suprimirse tal excepción, podría surgir el inconveniente descrito en el párrafo 89 *supra*. Ante esa eventualidad, algunas delegaciones se mostraron partidarias de que se reintrodujera la excepción por error de navegación, mientras que otras prefirieron que se tuviera presente el problema al examinar la cuestión de la carga de la prueba. Se expusieron otros argumentos en pro de la reintroducción del error de navegación en la lista de las excepciones, alegándose, por ejemplo, que el error podría ser fácil de determinar en retrospectiva, pero que solía ser cometido por el capitán del buque en un momento en que se veía forzado por el mal tiempo a adoptar una decisión precipitada, por lo que no era frecuente que el propietario del buque pudiera intervenir en la decisión adoptada por el capitán del buque en esas circunstancias. No obstante, prevaleció el parecer de que debería quedar suprimida la excepción por error de navegación, pero que esta decisión debería tenerse presente al examinar, en futuros debates, la atribución de la carga de la prueba.

128. Se recordó al Grupo de Trabajo que algunos de los peligros enumerados en las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby figuraban, por separado, en el capítulo 6 del proyecto de instrumento, bajo el título de "Disposiciones suplementarias relativas al transporte por mar [o por otras aguas navegables]". El Grupo de Trabajo convino en dejar esas excepciones en el capítulo 6, al margen de la lista del proyecto de artículo 14, a fin de examinar más adelante cuál sería el lugar más indicado para insertarlas en el proyecto de instrumento.

129. El Grupo de Trabajo convino en que la lista de "peligros exceptuados" debía figurar en el proyecto de instrumento, y en que el contenido de las excepciones debería inspirarse en el de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby, particularmente en su artículo IV.2.q. En el Grupo de Trabajo se observaba cierta preferencia por tipificar esos peligros como presunciones, y no como exoneraciones. Se formularon varias recomendaciones sobre posibles enmiendas de la lista de excepciones, que se reseñaban en los párrafos 120 a 126 *supra*, y hubo acuerdo en que no se reintrodujera el error de navegación en la lista de "peligros exceptuados".

c) Nuevo párrafo 3 del proyecto de artículo 14

130. El Grupo de Trabajo siguió deliberando sobre el proyecto de artículo 14.3 enunciado en la segunda versión revisada del artículo 14 (véase el párrafo 101 *supra*). En el Grupo de Trabajo hubo discrepancias sobre las dos variantes presentadas entre corchetes al comienzo del párrafo 3. Se apoyó el parecer de que sólo debería exigirse del cargador o del demandante que probara la existencia de los hechos mencionados en los incisos i), ii) y iii), dado que ya tendría considerables dificultades para probar tales hechos sin tener que demostrar además que eran la causa del daño. Abundando aún más en esa idea, se opinó que sería excesivo exigir al cargador que probara los hechos mencionados en esos tres incisos y que bastaría con que el cargador alegara que se había producido alguno de los hechos mencionados en los incisos i), ii) y iii) para establecer o restablecer, según el caso, la responsabilidad del porteador. Se sugirió que se introdujera entre corchetes la palabra "alegue" como posible variante de "demuestre" en el encabezamiento del párrafo 3. En sentido contrario se opinó que debería exigirse al cargador o al demandante que demostrara que la pérdida, el daño o el retraso se habían producido a causa de los hechos mencionados en los incisos i), ii) y iii), pues se estimaba que no sería mucho más difícil probar, además del hecho en sí, su relación causal con el suceso. Se señaló que el nuevo párrafo 3 debería estudiarse en el contexto de todo el proyecto de artículo 14. El párrafo 1 del artículo 14 permitía al demandante probar que se había producido una pérdida, un daño o un retraso sin exigirle que demostrara la causa de tales hechos. El porteador podría alegar que no debería incurrir en responsabilidad si probaba que no había cometido ninguna falta o que se daba una de las excepciones del párrafo 2. Si el porteador demostraba su falta de culpa o que estaba amparado por una de las excepciones, correspondería al demandante probar las malas condiciones de navegabilidad del buque y las causas.

131. Entre uno y otro extremo, se expresó la opinión de que sería improcedente disociar plenamente la pérdida, el daño o el retraso de los hechos invocables en virtud de los incisos del párrafo 3, por lo que debería exigirse al cargador o al demandante que probara que existía al menos un cierto nexo entre las malas condiciones de navegabilidad alegadas y el daño ocasionado a la carga. Se observó que la diversidad de pareceres a este respecto perdería sin duda relevancia al tramitarse una reclamación, dado que muchas veces el porteador ya presentaba, al comienzo de las actuaciones, sus pruebas sobre las condiciones de navegabilidad del buque y sobre las otras causas enunciadas en los incisos i), ii) y iii), a fin de demostrar que no era responsable del daño. Se observó, además, que aun cuando el instrumento exigiera que el demandante probara la deficiente navegabilidad del buque, no definiría el grado de prueba requerido al respecto, que normalmente estaría determinado por el derecho interno y que en general no sería difícil de

satisfacer. Se observó asimismo que la determinación de la causa del daño era una cuestión relativamente poco importante en el curso judicial de una reclamación, dado que aun cuando hubiera algún indicio de insuficiente navegabilidad del buque, el porteador no estaba obligado a garantizar la navegabilidad del buque, sino que sólo debía probar que había obrado con la debida diligencia para mantener condiciones apropiadas de navegabilidad.

132. A continuación el Grupo de Trabajo deliberó sobre el proyecto de artículo 14.3, enunciado en la segunda revisión del artículo 14. El Grupo de Trabajo consideró que el párrafo 3 constituía una buena base para proseguir ulteriormente los trabajos y que debería mantenerse el texto con sus dos variantes para que pudiera volver a examinarse y pudieran celebrarse consultas antes de adoptar una decisión al respecto. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que se planteara la posibilidad de presentar una tercera variante que estuviera a medio camino entre la demostración completa de la causa del daño y la mera alegación de las circunstancias enunciadas en los incisos i), ii) o iii). Se observó que tal vez convendría examinar con mayor detenimiento la probabilidad de que la causa fuera uno de los hechos enunciados en esos incisos. A este respecto se sugirió también, como posible tercera variante, las palabras "[que la pérdida, el daño o el retraso podrían haber sido causados por]".

133. En cuanto a la redacción, muchas delegaciones consideraron que, cuando se preparara la revisión del proyecto de artículo 14 con la que se reanudarían las deliberaciones al respecto en un futuro período de sesiones, se estudiara seriamente la posibilidad de sustituir la palabra "cargador" por "demandante". Se argumentó que cabría considerar "demandante" a toda persona facultada para presentar una demanda en virtud del artículo 63.

134. El Grupo de Trabajo tomó nota también de una propuesta de reestructuración del párrafo 3 en los términos siguientes:

> "3. El porteador no será responsable de la pérdida, del daño o del retraso resultante de las deficiencias de navegabilidad del buque [alegadas] [probadas] por el demandante, en la medida en que el porteador demuestre que
>
> a) ha cumplido su deber de obrar con la diligencia debida conforme al artículo 13.1 [; o que
>
> b) la pérdida, el daño o el retraso no se debieron a ninguno de los hechos enunciados en los incisos i), ii) y iii) *supra*.]."

d) Disposición del proyecto de artículo 14 relativa a la distribución de responsabilidad en caso de causas concurrentes de los daños

135. El texto del párrafo 3 del proyecto de artículo 14 enunciado en la nota de la Secretaría era el siguiente:

> "3. Si la pérdida, el daño o el retraso en la entrega se deben en parte a un incidente del cual el porteador no sea responsable y en parte a un incidente del cual el porteador sí sea responsable, el porteador será totalmente responsable de la pérdida, del daño o del retraso en la entrega, salvo si demuestra que una

parte concreta de la pérdida ha sido originada por un incidente del cual no es responsable**."

136. El texto de la disposición correspondiente de la segunda propuesta de revisión del artículo 14 era el siguiente:

"[4. En todo supuesto de causas concurrentes a las que sea imputable alguna parte de la pérdida, del daño o del retraso, el tribunal deberá determinar la cuantía de la indemnización a cargo del porteador en función del grado en que la causa que le sea imputable haya contribuido a la pérdida, al daño o al retraso.] [El tribunal sólo podrá distribuir por partes iguales la responsabilidad si no consigue determinar con exactitud el grado en que cada causa ha contribuido a la pérdida, al daño o al retraso o si determina que el grado de culpa es efectivamente imputable a todas las causas por igual.]"

137. El texto de la disposición correspondiente de la tercera propuesta de revisión del artículo 14 era el siguiente:

"4. En caso de que la falta del porteador o de una persona mencionada en el artículo 14 bis haya contribuido a la pérdida, al daño o al retraso, y cuando estos hechos obedezcan también a causas concurrentes de las que el porteador no sea responsable, [se determinará] [el tribunal determinará] la cuantía de la indemnización a cargo del porteador, sin perjuicio del derecho de éste a limitar su responsabilidad en virtud del artículo 18, en función del grado en que la causa que le sea imputable haya contribuido a la pérdida, al daño o al retraso."

138. Una delegación presentó un nuevo proyecto de párrafo 3 del artículo 14, cuyo texto era el siguiente:

"3. Cuando el porteador determine que, en las circunstancias del caso, la pérdida de las mercancías, los daños sufridos por ellas o el retraso en su entrega puedan atribuirse a uno o varios de los hechos enunciados en el párrafo 2, se presumirá que éstas han sido efectivamente las causas. Esta presunción quedará rebatida si el demandante prueba que una falta del porteador [o de una parte ejecutante] causó la pérdida, el daño o el retraso, o

** El texto que se ha suprimido figuraba como segunda variante en el primer anteproyecto de instrumento. Tal como se señalaba en el párrafo 56 del documento A/CN.9/525, la primera variante fue la que obtuvo un apoyo más firme del Grupo de Trabajo, por lo que se decidió mantener sólo esa variante en el proyecto de instrumento a fin de proseguir las deliberaciones al respecto en una etapa ulterior. Sin embargo, el Grupo de Trabajo decidió mantener la segunda variante en una nota o en las observaciones relativas al proyecto de texto a fin de poder reexaminarla ulteriormente (véase A/CN.9/WG.III/WP.32, nota 79de pie de página). Su texto era el siguiente:

[Si la pérdida, el daño o el retraso en la entrega se deben en parte a un incidente del cual el porteador no sea responsable y en parte a un incidente del cual el porteador sea responsable, el porteador

a) será responsable de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega en la medida en que la parte que recabe la indemnización por la pérdida, el daño o el retraso demuestre que se ha debido a uno o más incidentes de los cuales es responsable el porteador; y

b) no será responsable de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega en la medida en que el porteador demuestre que es atribuible a uno o más incidentes respecto de los cuales el porteador no es responsable.

Si no hay factores que permitan efectuar la distribución general, el porteador será responsable de la mitad de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega.]

contribuyó a tales sucesos, y si demuestra el grado en que dicha falta los causó o contribuyó a ellos."

139. Se explicó al Grupo de Trabajo que el texto de esta propuesta correspondía, con ligeras variaciones, al del párrafo 2 del artículo 18 del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, de 1956, enmendado por el Protocolo de 1978 (CMR). En virtud de la primera frase, si el porteador pudiera probar que, durante el transporte, se había producido uno o varios de los hechos enunciados que, en un caso ordinario, *podrían* haber causado la pérdida, el daño o el retraso, se presumiría que el tal hecho o tales hechos habían sido la causa de la pérdida. Se explicó también que con este proyecto de disposición se pretendía reducir la carga de la prueba impuesta al porteador en cuanto a las causas, ya que, según se argumentó, era a menudo difícil para el porteador determinar la causa del daño y demostrar la relación causal entre el daño y los hechos eximentes, especialmente cuando la carga se transportaba en contenedores. Se explicó además que, en virtud de la segunda frase del nuevo párrafo 3 propuesto, el demandante tenía derecho a rebatir la presunción demostrando si, y en qué medida, la falta del porteador había causado la pérdida, el daño o el retraso o había contribuido a tales sucesos. Si bien se sugirió que este párrafo fuera aplicable incluso cuando la falta del porteador fuera la única causa de los daños sufridos por las mercancías, se sostuvo que el párrafo propuesto podría ser de gran utilidad cuando tanto la falta del porteador como alguno de los hechos enunciados en el párrafo 2 hubieran contribuido a la pérdida. Como información complementaria, se señaló al Grupo de Trabajo que este proyecto de párrafo 3 tenía la finalidad de obviar el problema de los efectos que podía tener la supresión de la excepción por error de navegación (véase A/CN.9/WG.III/WP.34, párrafo 15).

140. Se expresó la opinión de que en el proyecto de instrumento no debería regularse la distribución de responsabilidades cuando el daño obedeciera a causas concurrentes. Convendría más bien dejar que los tribunales y el tribunal arbitral dirimieran la cuestión conforme al derecho aplicable. No obstante, prevaleció la opinión de que se debería tratar de regular en el proyecto de instrumento la cuestión de la distribución de las responsabilidades. Se observó que, en casos de causas concurrentes, era importante establecer la regla general de que cada parte debiera probar el grado en que había causado el daño, en particular habida cuenta de la exclusión del error náutico de la lista de "peligros exceptuados". Se sostuvo que, cuando las mercancías resultaban dañadas en el mar, los demandantes podían fácilmente argumentar que las decisiones de navegación habían contribuido a los daños (véase A/CN.9/WG.III/XII/CRP.1/Add.4, párrs. 5 a 10). El proyecto de instrumento no debería atribuir totalmente al porteador la responsabilidad por las pérdidas cuando el porteador sólo hubiera contribuido, con su falta, a un pequeño porcentaje de los daños. En consecuencia, se propuso que la cuestión de la distribución de la responsabilidad se examinara sobre la base de la nota 79 de pie de página correspondiente al texto del proyecto de artículo 14.3 enunciado en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.32).

141. Esta propuesta fue objeto de críticas debido a que el Grupo de Trabajo no la había defendido en su décimo período de sesiones (véase A/CN.9/525, párr. 56). Se observó que este enfoque podría tener como consecuencia que se traspasara al cargador la obligación insuperable de demostrar el grado de culpa en situaciones en que fuera evidente que el porteador había contribuido al daño. A falta de tal prueba,

se proponía que se imputara al porteador el 50% de la responsabilidad, lo cual se había considerado injusto para las compañías navieras. Se apoyó el texto del párrafo 3 del proyecto de artículo 14, enunciado en la nota de la Secretaría.

142. A fin de conciliar las diversas opiniones que se habían expresado, se sugirió que en el proyecto de instrumento no se impusiera a ninguna parte la carga de demostrar el grado exacto en que se había contribuido a las pérdidas o los daños. Se sugirió también que en el proyecto de instrumento se diera orientación a los tribunales judiciales y arbitrales para que otorgaran la debida importancia a ciertas causas de los daños, por ejemplo, a la confianza excesiva en la doctrina de las obligaciones imperativas. El debate se centró en el párrafo 4 de la tercera propuesta de revisión del artículo 14. Se señaló que, al examinar la cuestión de la distribución de responsabilidades, tal vez sería útil hacer una distinción entre las causas concurrentes y las causas competitivas de los daños. En el caso de las causas concurrentes, cada hecho causaba una parte de los daños pero ninguno de ellos podía haber originado por sí solo la totalidad de los daños (por ejemplo, cuando los daños fueran imputables a la vez al embalaje deficiente hecho por el cargador y al almacenamiento inadecuado de las mercancías por el porteador). En el caso de los daños competitivos, el tribunal podría tener que determinar que un solo hecho o la falta de una sola parte había causado la totalidad de los daños, independientemente de la falta de la otra parte (por ejemplo, cuando las mercancías resultaran dañadas en un ataque al buque con fuego de artillería, tal vez habría que decidir si había que considerar que el fuego de artillería era la única causa de los daños, independientemente de que el capitán del buque hubiera cometido una falta al haberse adentrado en una zona de guerra). Se señaló que, en este segundo supuesto, sería a menudo aplicable la doctrina de las "obligaciones imperativas". Se sugirió que el proyecto de artículo 14 regulara únicamente la situación en que hubiera faltas concurrentes y dejara de lado el supuesto de las "faltas competitivas".

143. Se hicieron diversas propuestas para mejorar el texto de la tercera revisión. Una propuesta que fue objeto de amplia aceptación fue la de agregar entre corchetes la última frase que se había propuesto en la segunda revisión: "[El tribunal sólo podrá distribuir por partes iguales la responsabilidad si no consigue determinar con exactitud el grado en que cada causa ha contribuido a la pérdida, al daño o al retraso o si determina que el grado de culpa es efectivamente imputable a todas las causas por igual]". Se estimó en general que los ulteriores debates podrían basarse en ese texto. En otra de las propuestas, en la que se tenía en cuenta la situación, enunciada en el párrafo 2 ii), en que el daño no obedeciera realmente a una falta, se sugería reformular el párrafo del modo siguiente:

> "4. En caso de que la falta del porteador o de una persona mencionada en el artículo 14 bis [o un hecho que no sea el que invoque el porteador] haya contribuido a la pérdida, al daño o al retraso, y cuando estos hechos obedezcan también a causas concurrentes de las que el porteador no sea responsable, [se determinará] [el tribunal determinará] la cuantía de la indemnización a cargo del porteador, sin perjuicio del derecho de éste a limitar su responsabilidad en virtud del artículo 18, en función del grado en que la pérdida, el daño o el retraso sean imputables a dicha falta [o a tal hecho]."

El Grupo de Trabajo tomó nota de esa sugerencia.

144. Tras un debate, se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de disposición relativo a las responsabilidades concurrentes en virtud del proyecto de artículo 14, teniendo en cuenta las opiniones expresadas y las propuestas formuladas.

5. Obligaciones del porteador aplicables al viaje por mar (proyecto de artículo 13)

145. El texto del proyecto de artículo 13 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"Artículo 13. Obligaciones suplementarias aplicables al viaje por mar

1. El porteador deberá actuar con la debida diligencia antes del viaje por mar, al principio del viaje por mar [y durante el mismo] a fin de:

a) velar por las buenas condiciones de navegabilidad del buque [y mantenerlas];

b) dotar debidamente al buque de tripulación, equipo y avituallamiento;

c) cerciorarse de que la bodega u otras partes del buque en que se coloquen las mercancías, incluidos los contenedores, en los cuales o sobre los cuales se transporten las mercancías, cuando los suministre el porteador, son aptas y seguras para la recepción, el transporte y la preservación de las mercancías [y de que se mantienen en tales condiciones].

[2. No obstante lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 13.1, el porteador podrá sacrificar mercancías cuando lo considere razonable para proteger la seguridad común o para preservar otros bienes relacionados con la tarea común.]"

146. A modo de introducción, se recordó al Grupo de Trabajo que en el proyecto de artículo 13, recogido en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32, sólo se habían introducido cambios de edición. El Grupo de Trabajo inició el examen del proyecto de artículo 13 con el párrafo 1. Se observó que en el texto del párrafo quedaban tres pares de corchetes que, de ser suprimidos y de retenerse el texto que figuraba en ellos, se daría al deber de diligencia debida por parte del porteador, en cuanto a la navegabilidad del buque, el carácter de una obligación continua.

147. En el Grupo de Trabajo se apoyó ampliamente la supresión de los corchetes y la incorporación al texto de las palabras que contenían, a fin de dar al deber de debida diligencia por parte del porteador, en cuanto a la navegabilidad del buque, el carácter de una obligación continua. Se expresó la opinión de que esa obligación continua sería acorde con la modernización del derecho que rige el transporte de mercancías por mar y con los requisitos de seguridad marítima del Código Internacional de Gestión de la Seguridad.

148. Se propusieron diversas variantes del párrafo 1 del proyecto de artículo 13. Se observó que en los apartados a), b) y c) se habían empleado términos diferentes respecto de las obligaciones; por ejemplo, en los apartados a) y c) de la versión inglesa figuraban las palabras "make [and keep]", pero en el apartado b) no aparecían esas palabras. Se expresó el temor de que con ello se diera a entender que la obligación enunciada en el apartado b) de "dotar debidamente al buque de

tripulación, equipo y avituallamiento" no era una obligación continua. Se respondió que, en cualquier caso, la palabras que figuraban en la introducción del párrafo 1 ("antes del viaje por mar, al principio del viaje por mar [y durante el mismo]") eran de por sí suficientes para evitar esta interpretación errónea. Si bien se reconoció que las palabras de la introducción contribuían a que el apartado b) se interpretara como una obligación continua, se insistió en que, al no contener las palabras "and keep", el apartado b) podría interpretarse indebidamente. Esta opinión recibió apoyo. También se sugirió que, en la versión inglesa del apartado b), en vez de las palabras "man... the ship", se utilizaran palabras más neutrales como "crew" o "staff".

149. Recibió cierto apoyo la propuesta de que se suprimiera el texto entre corchetes para que el porteador sólo tuviera la obligación de mantener el buque en buenas condiciones de navegabilidad antes y al principio del viaje. Se observó que de este modo se seguiría el criterio adoptado en el artículo III.1 de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby, que hasta la fecha había dado buenos resultados. Se sostuvo que si se daba el carácter de obligación continua al deber de velar por las buenas condiciones de navegabilidad del buque, se impondría una carga excesiva al porteador, y con ello se alteraría considerablemente la distribución general de los riesgos entre el porteador y el propietario de la carga en el proyecto de instrumento. Se expresó también el parecer de que si se daba un carácter continuo a dicha obligación, se crearían también problemas en la práctica, dado que un buque podría experimentar problemas en medio del océano y tal vez no resultara posible mantener su navegabilidad antes de amarrar en un puerto de escala. Si bien se reconoció que el carácter continuo de la obligación de mantener las buenas condiciones de navegabilidad podía plantear problemas prácticos al porteador, se observó que ese deber no constituía una obligación absoluta sino un deber de diligencia debida, y se argumentó que ello equivaldría simplemente a una obligación de adoptar medidas razonables durante el viaje. Se prefirió que el criterio de referencia aplicable al porteador durante el viaje fuera el de la negligencia, y no el criterio superior de la debida diligencia.

150. Se propuso que, en vez de imponer una obligación continua, el Grupo de Trabajo adoptara la "doctrina de las etapas" en la póliza de fletamento, en virtud de la cual el buque debe estar en condiciones de navegar al principio de cada etapa del viaje. Esta propuesta recibió cierto apoyo. Sin embargo, se expresó la opinión de que esa "doctrina de las etapas" ya estaba plasmada en el proyecto de instrumento, dado que el porteador tenía la obligación de ofrecer un buque que estuviera en buenas condiciones de navegar al principio de cada viaje de las mercancías, y no de cada viaje del buque. Se consideró que, dado que el proyecto de instrumento se aplicaba al contrato de transporte de las mercancías, el porteador tenía un deber de diligencia debida con respecto a cada contrato de transporte. Según otro argumento, el proyecto de artículo 11 ya imponía una responsabilidad continua suficiente al porteador al obligarlo a "cargar, manipular, estibar, transportar y custodiar las mercancías, velar por ellas y descargarlas cuidadosamente y como es debido".

151. Si bien se apoyó ampliamente la propuesta de dar al deber de mantener la navegabilidad del buque el carácter de una obligación continua, se reconoció que cabría entender que esta continuidad de la obligación alteraba sustancialmente la distribución de los riesgos en el proyecto de instrumento. Hubo acuerdo general en que si se imponía la navegabilidad como obligación continua, sería conveniente que el Grupo de Trabajo, al examinar otros artículos relativos a los derechos e intereses

del porteador, corrigiera en beneficio de éste el desequilibrio resultante de dicha obligación. Se sugirió que se tuviera presente esta modificación de la asignación de riesgos al porteador cuando el Grupo de Trabajo examinara el proyecto de artículo 14.3 sobre la distribución de los grados de responsabilidad en caso de daños originados por diversas causas. Se planteó el inconveniente de que si se mantenía la obligación de navegabilidad una vez que el buque hubiera zarpado, se podría dar a entender que durante el viaje había que seguir ejerciendo el sumo grado de cuidado que se ejercía debidamente en los puertos, donde se disponía de expertos. Se sostuvo que para establecer el grado adecuado de diligencia o cuidado, habría que suprimir la excepción por error de navegación y conducción.

152. Se formuló una pregunta acerca de la obligación del porteador respecto de los contenedores, mencionados en el proyecto de artículo 13.1 c), y acerca de si los contratos en virtud de los cuales el porteador arrendara o facilitara contenedores iban a regirse por el proyecto de instrumento. Según una opinión, la finalidad del proyecto de instrumento era regir únicamente los contratos de transporte, y no los contratos independientes de arrendamiento o alquiler de contenedores. En contra de esta opinión, se sostuvo que el proyecto de instrumento debería ser aplicable no sólo al contrato del transporte sino también a los contratos conexos, en particular a aquellos que se celebraran con miras a la ejecución del contrato de transporte. Se argumentó que, prescindiendo de si los contratos relacionados con el contrato de transporte entraban o no en el ámbito del proyecto de instrumento, el enfoque adoptado en el proyecto de artículo 13.1 c) era acorde con el criterio seguido por la mayoría de los tribunales, conforme al cual cuando el contenedor fuera proporcionado por el porteador, debía considerarse parte de la bodega del buque, y que el porteador debía tener, respecto de los contenedores, una vez cargados en el buque, la misma obligación de cuidado que tenía respecto del buque y de su bodega. Se señaló también que este criterio se ajustaba a la definición de “mercancías”, en el proyecto de artículo 1 j), en la que se incluye “todo ... contenedor que no haya sido proporcionado por el porteador o en su nombre o por una parte ejecutante”.

153. Tras el debate, el Grupo de Trabajo convino en que el deber de diligencia debida del porteador para mantener las buenas condiciones de navegabilidad del buque fuera una obligación continua y en que, por lo tanto, se suprimieran todos los corchetes del párrafo 1 del proyecto de artículo 13 y se incorporaran al proyecto de disposición los textos que iban entre corchetes. El Grupo de Trabajo pidió también a la Secretaría que introdujera los cambios necesarios en el apartado b) para que quedara claro que regulaba una obligación continua. Se convino asimismo en que, al dar a la obligación un carácter continuo, este proyecto de párrafo modificaba el equilibrio que establecía el proyecto de instrumento entre los riesgos del porteador y los del propietario de la carga y que, por lo tanto, el Grupo de Trabajo debería tener presente este hecho al examinar el resto del instrumento.

154. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el proyecto de artículo 13.2 del proyecto de instrumento, que regula la posibilidad de que el porteador sacrifique mercancías en aras de la seguridad común o para preservar otros bienes. Se apoyó el parecer de que esta disposición debería mantenerse en su forma actual, eliminando los corchetes, y en el mismo lugar en que figuraba en el proyecto de instrumento. Se observó que esta disposición establecía una excepción necesaria al deber general de diligencia del porteador que estaba reconocida y aceptada desde hacía tiempo. Se señaló asimismo que la disposición contenía salvaguardias adecuadas para los

propietarios de la carga, pues el sacrificio de mercancías debía obedecer a criterios razonables, como el de la seguridad común o la preservación de bienes. Por otra parte, se expresó el parecer de que la incorporación de esta disposición al proyecto de instrumento podía contribuir a reequilibrar la asignación de los riesgos, que quedaba alterada con la introducción, en el proyecto de artículo 13.1, de la obligación del porteador de mantener continuamente la navegabilidad del buque. Se propuso perfeccionar el enunciado del proyecto de artículo 13.2 agregándole el criterio de la protección de vidas humanas y, según otra propuesta, haciendo una referencia explícita a un peligro inminente.

155. También recibió apoyo la opinión de que debería suprimirse el párrafo 2 en su totalidad. Se argumentó que esa disposición difería notablemente del artículo IV.6 de las Reglas de La Haya y de las Reglas de La Haya-Visby, referente a la forma de disponer de las mercancías peligrosas, y que, por consiguiente, no debía mantenerse en el texto. Se observó también que el sacrificio de las mercancías ya estaba adecuadamente regulado por las disposiciones sobre la avería gruesa, que figuraban en el capítulo 17 del proyecto de instrumento, y por el deber general de diligencia del porteador.

156. Se expresaron preocupaciones por la posible interacción entre el proyecto de artículo 13.2 y las disposiciones sobre la avería gruesa, recogidas en el capítulo 17 del proyecto de instrumento, particularmente habida cuenta de que en el proyecto de artículo 13.2 no se hacía referencia al criterio de salvar el buque o la carga de un peligro inminente, que era un elemento esencial de la avería gruesa. Se apoyó la propuesta de que, si se decidía mantener en el texto el párrafo 2 del proyecto de artículo 13, se trasladara dicho párrafo al capítulo relativo a la avería gruesa, pero procurando no perjudicar ni alterar las disposiciones sobre la avería gruesa. Al mismo tiempo, se apoyó la opinión de que el párrafo 2 del proyecto de artículo 13 debería mantenerse entre corchetes.

157. Habida cuenta del grado de apoyo que había suscitado la disposición, el Grupo de Trabajo decidió mantener entre corchetes y en el mismo lugar el párrafo 2 del proyecto de artículo 13, con miras a examinar ulteriormente la conveniencia de trasladarlo al capítulo 17, relativo a la avería gruesa. Se pidió también a la Secretaría que tuviera en cuenta las sugerencias de que la disposición previera también los criterios de la preservación de vidas humanas y de la amenaza de un peligro inminente.

6. Responsabilidad de las partes ejecutantes (proyecto de artículo 15)

158. El texto del proyecto de artículo 15 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

> "1. [*Variante A del párrafo 1*]
>
> Toda parte ejecutante quedará sujeta a las obligaciones y responsabilidades impuestas al porteador en virtud del presente instrumento, y tendrá derecho a ejercer los derechos y a disfrutar de las inmunidades que dicho instrumento confiere al porteador a) durante el período en el que tenga la custodia de las mercancías; y b) en cualquier otro momento, en la medida en que esté participando en la realización de cualquiera de las actividades previstas por el contrato de transporte.

[*Variante B del párrafo 1*]

Toda parte ejecutante será responsable de la pérdida ocasionada por la pérdida de las mercancías, los daños sufridos por ellas o el retraso en su entrega, siempre y cuando el hecho que causó la pérdida, el daño o el retraso se haya producido:

a) durante el período en el que las mercancías hayan estado bajo su custodia; o

b) en cualquier otro momento, en la medida en que esté participando en la realización de cualquiera de las actividades previstas por el contrato de transporte, siempre y cuando la pérdida, el daño o el retraso se hayan producido durante la realización de tales actividades.

Las obligaciones y responsabilidades impuestas al porteador en virtud del presente instrumento y los derechos e inmunidades que le confiere dicho instrumento serán aplicables respecto de las partes ejecutantes.

2. Si el porteador conviene en asumir responsabilidades diferentes de las que recaen en él en virtud del presente instrumento, o conviene en que su responsabilidad por el retraso en la entrega de las mercancías, por su pérdida o por el daño sufrido por ellas, o su responsabilidad en relación con las mercancías, será superior a los límites fijados en los artículos 16.2, 24.4, y 18, una parte ejecutante no quedará obligada por ese acuerdo, a menos que la parte ejecutante convenga expresamente en aceptar dichas responsabilidades o dichos límites.

3. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 5, el porteador será responsable de los actos y omisiones de

a) cualquier parte ejecutante, y

b) cualquier otra persona, con inclusión de subcontratistas y representantes de una parte ejecutante, que ejecute o se comprometa a ejecutar cualquiera de las responsabilidades del porteador en virtud del contrato de transporte, en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a petición del porteador o bajo la supervisión o el control de éste, como si dichos actos u omisiones fueran sus propios actos u omisiones. El porteador será responsable en virtud de la presente disposición sólo cuando el acto u omisión de la persona de que se trate entre en el ámbito de su contrato, empleo o mandato de representación.

4. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 5, toda parte ejecutante será responsable de los actos y omisiones de cualquier persona en la que haya delegado la realización de cualquiera de las responsabilidades del porteador en virtud del contrato de transporte, incluidos sus subcontratistas, empleados y representantes, como si dichos actos u omisiones fueran los suyos propios. La parte ejecutante sólo será responsable en virtud de la presente disposición cuando el acto o la omisión de la persona de que se trate entre en el ámbito de su contrato, empleo o mandato de representación.

5. Si se entabla una acción contra una persona mencionada en los párrafos 3 y 4 que no sea el porteador, dicha persona tendrá derecho a

beneficiarse de las excepciones y limitaciones de responsabilidad de que goce el porteador en virtud del presente instrumento, si prueba que ha obrado en el marco de su contrato, de su empleo o de su mandato de representación.

6. Si la responsabilidad por la pérdida de las mercancías, el daño sufrido por éstas o el retraso en su entrega recae en más de una persona, esta responsabilidad será mancomunada y solidaria pero quedará limitada por lo dispuesto en los artículos 16, 24 y 18.

7. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19, la responsabilidad acumulada de todas esas personas no excederá de los límites generales de la responsabilidad enunciados en el presente instrumento."

a) Debate General

159. Se recordó al Grupo de Trabajo el examen de la definición de "parte ejecutante marítima" (véanse los párrafos 23 a 33 *supra*). El Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo con la sugerencia de que se limitara el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 15 a las "partes ejecutantes marítimas". El resultado de esa limitación sería que la responsabilidad de toda parte ejecutante no marítima se regiría por la norma de derecho interno o de derecho internacional que fuera aplicable al margen del proyecto de instrumento. A ese respecto, se convino también que se ajustaría debidamente el título del proyecto de artículo a fin de que reflejara esta decisión. Ahora bien, el Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que tal vez el criterio general adoptado respecto del ámbito de aplicación del proyecto de artículo 15 debería reconsiderarse respecto de cada uno de sus párrafos. En particular, se estimó que el párrafo 3 debería ser aplicable a toda parte ejecutante, sin limitarlo a las "partes ejecutantes marítimas" (véase la continuación del debate sobre esta cuestión en el párrafo 166 *infra*).

160. Se planteó el inconveniente de que, cuando el porteador contratante fuera responsable conforme al régimen del proyecto de instrumento y una parte ejecutante no marítima lo fuera en el marco de algún otro régimen aplicable, el demandante podría entablar una acción por concepto de daños en el marco de uno y otro régimen. Se sugirió que toda regla sobre consolidación de demandas fuera aplicable también a todas las partes ejecutantes. Se respondió que el régimen que fuera aplicable, al margen del proyecto de instrumento, prevería normalmente algún mecanismo para evitar la doble indemnización de unos mismos daños.

b) Párrafo 1

161. El Grupo de Trabajo reiteró su entendimiento de que, en principio, el proyecto de instrumento no debería ocuparse de las partes ejecutantes no marítimas, por lo que el ámbito de aplicación del párrafo 1 debería limitarse a las partes ejecutantes marítimas.

162. Un amplio número de delegaciones apoyó la variante A. Se sugirió mejorar su texto insertando, antes del apartado a) de la variante A, las palabras "siempre y cuando el hecho que causó la pérdida, el daño o el retraso se haya producido". El Grupo de Trabajo estimó que esta sugerencia era aceptable. En segundo lugar, se propuso insertar, antes de la primera frase sugerida, palabras del siguiente tenor: "en la medida de lo que haya sido aprobado por el demandante". Se respondió que la

finalidad del párrafo 1 no era regular expresamente la atribución de la carga de la prueba sino equiparar la situación de toda parte ejecutante marítima a la del porteador contratante, aplicando a ambos las mismas disposiciones, incluidas las relativas a la atribución de la carga de la prueba. El Grupo de Trabajo no adoptó la segunda sugerencia.

c) Párrafo 2

163. El Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo con el contenido del párrafo 2. Se convino asimismo en limitar su alcance, de modo que sólo fuera aplicable a las partes ejecutantes marítimas. En respuesta a la sugerencia de que se sustituyeran las palabras "sería superior a" por las palabras "diferirá de", a fin de que las partes pudieran estipular un límite de responsabilidad más bajo, se observó que no debía permitirse que el porteador contratante estipulara con el cargador nada que pudiera perjudicar a la parte ejecutante (o a todo otro tercero). Se reconoció que cabría reducir la responsabilidad de una parte ejecutante mediante un acuerdo al respecto, pero no mediante cláusulas de un contrato en el que dicha parte ejecutante no fuera parte. Esta propuesta fue retirada por sus autores.

164. En otra propuesta se propugnó la sustitución de las palabras "a menos que la parte ejecutante convenga expresamente en aceptar dichas responsabilidades o dichos límites" por las palabras "salvo que la parte ejecutante tenga conocimiento de dichas responsabilidades o de dichos límites". Frente a esta propuesta se objetó que ningún contrato debía ser vinculante para un tercero, salvo que ese tercero hubiera, al menos, aceptado quedar obligado. Ningún tercero debía quedar vinculado por un contrato por el mero hecho de tener conocimiento del mismo.

165. Se propuso asimismo limitar el alcance de la remisión que se hacía al proyecto de artículo 18. Se dijo que si bien era aceptable que se remitiera a lo dispuesto en los párrafos 1, 3 y 4 del proyecto de artículo 18, no debería hacerse remisión al párrafo 2 del mismo artículo, dado que la parte ejecutante no sería responsable cuando no pudiera determinarse el tramo en que se produjo el daño. El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia y decidió que tal vez convendría examinarla más en detalle cuando se hubiera adoptado una decisión sobre si se incluiría o no el párrafo 2) del proyecto de artículo 18 en el proyecto de instrumento.

d) Párrafo 3

166. Hubo acuerdo general en que, habida cuenta de la decisión de que el porteador contratante debería ser responsable, en virtud del proyecto de instrumento, de todos sus subcontratistas, representantes o empleados, el párrafo 3 debería ser aplicable a las partes ejecutantes tanto marítimas como no marítimas, y quizás también a personas que no entraran en la definición de "parte ejecutante". Se señaló al Grupo de Trabajo que la definición de "parte ejecutante" (véanse los párrafos 34 a 42 *supra*) ya comprendía a todos los subcontratistas de la parte ejecutante.

167. Se planteó la cuestión del lugar en que debía figurar el párrafo 3. Si bien se apoyó la idea de mantener el párrafo 3 en el proyecto de artículo 15, dada la estrecha relación que había entre los párrafos de ese proyecto de artículo, predominó la opinión de que no era coherente que una disposición relativa a la responsabilidad del porteador figurara en un artículo que regulaba la responsabilidad de las partes ejecutantes marítimas. Se convino en separar el

párrafo 3 del artículo, convirtiéndolo provisionalmente en proyecto de artículo 14 bis.

168. Se formularon varias sugerencias sobre el contenido del párrafo 3. Concretamente, se sostuvo que el texto del párrafo 3 debería reflejar el del párrafo 4. A este respecto se señaló que convendría agregar al apartado b) una referencia expresa a los "empleados" del porteador contratante, dado que los términos "cualquier otra persona" no eran lo suficientemente claros y dado que en la segunda frase del apartado ya figuraba una referencia al concepto de "empleo" de esa persona. El Grupo de Trabajo aceptó esa sugerencia. En cuanto a la redacción, se observó que tal vez debería estudiarse la posibilidad de tratar por separado la situación de los empleados (respecto de los cuales la responsabilidad del porteador contratante debería ser muy amplia) y la de los subcontratistas (respecto de los cuales la responsabilidad de aquél podría ser más limitada).

169. Se sugirió también que se sustituyeran las palabras "que ejecute o se comprometa a ejecutar" por las palabras "que ejecute físicamente o se comprometa a ejecutar". Esta sugerencia suscitó reservas por estimarse que el porteador contratante no debería poder delegar obligaciones en ningún caso, ya fuera para la ejecución física o para el cumplimiento de otro tipo de obligación.

170. Se señaló que las palabras "a reserva de lo dispuesto en el párrafo 5" eran tal vez imprecisas, ya que el párrafo 3 regulaba las acciones entabladas contra el porteador, mientras que el párrafo 5 regulaba las acciones incoadas contra cualquier persona que no fuera el porteador. En consecuencia, se sugirió que se sustituyeran las palabras "a reserva de lo dispuesto en el párrafo 5" por las palabras "a reserva de la responsabilidad y de las limitaciones de la responsabilidad del porteador". Si bien se apoyó esta sugerencia, el Grupo de Trabajo decidió mantener la referencia al párrafo 5 hasta que se volviera a examinar la cuestión.

e) Párrafo 4

171. De conformidad con la sugerencia formulada durante el examen del párrafo 3, se propuso que en el párrafo 4 se diferenciara la situación de los empleados de la de los subcontratistas. Por ejemplo, se sostuvo que el concepto de "delegación" de la ejecución podía ser apropiado respecto de un subcontratista, pero parecía demasiado limitado para regular la situación de un empleado, que podría enunciarse en términos como "toda parte ejecutante será responsable de los actos y omisiones de sus empleados, siempre y cuando éstos actúen con arreglo a los términos de su empleo". Se señaló asimismo que en el texto del párrafo 4 no debería darse a entender que un subcontratista podía delegar "cualquiera" de las obligaciones del porteador, dado que el subcontratista sólo podía delegar las obligaciones del porteador que el subcontratista hubiera asumido.

172. El Grupo de Trabajo reafirmó su decisión anterior de que la estructura del párrafo 4 debería reflejar la del párrafo 3. A este respecto se planteó la cuestión de si debería ampliarse el alcance del párrafo 4 para que comprendiera a las partes ejecutantes tanto marítimas como no marítimas. Tras un debate, se recordó que la disposición que reemplazaría, en forma de artículo, el párrafo 3 debería regular la responsabilidad del porteador contratante también con respecto a los subcontratistas y a los empleados de sus subcontratistas. Esta disposición tenía por objeto establecer la responsabilidad general del porteador contratante respecto de todos los

posibles representantes o subcontratistas a los que recurriera. No obstante, dado que el párrafo 4 regulaba la situación de los empleados y subcontratistas desde la perspectiva de la parte ejecutante marítima, y no desde la del porteador contratante, no había necesidad de hacer extensivo el párrafo 4 a las partes ejecutantes no marítimas. Si bien el Grupo de Trabajo estuvo en general de acuerdo sobre la diferencia de alcance entre los párrafos 3 y 4, se expresó reiteradamente la opinión de que todo subcontratista marítimo regulado por el párrafo 4 debería ser responsable de todos sus subcontratistas, ya fueran marítimos o no marítimos. También se reiteró la opinión de que el párrafo 4 debería reflejar la regla general enunciada en el párrafo 3, ya que ambas disposiciones establecían un paralelismo entre la situación del porteador contratante y la de la parte ejecutante marítima respecto de sus subcontratistas marítimos y no marítimos. Se señaló que esas opiniones no contradecían el criterio general de que el proyecto de instrumento no debía regular la situación de las partes ejecutantes no marítimas como tales. El Grupo de Trabajo tomó nota de estas opiniones con miras a proseguir el debate en un futuro período de sesiones.

f) Párrafo 5

173. Se sugirió que se suprimiera la referencia al párrafo 3 a fin de no dar pie a que se interpretara que la protección de las "cláusulas Himalaya" se hacía extensiva a las partes ejecutantes no marítimas. Si bien el Grupo de Trabajo aprobó en general el objetivo de esa sugerencia, se observó que con la supresión de la referencia a las personas mencionadas en el párrafo 3 se privaría a los empleados y representantes del porteador del beneficio de las "cláusulas Himalaya". En una propuesta revisada se argumentó que tal vez no fuera necesario enumerar expresamente en el párrafo 5 a las personas mencionadas en el párrafo 3 que debían quedar amparadas por dichas cláusulas. En el contexto del debate, se expresó la opinión de que, como las "cláusulas Himalaya" se habían introducido en su momento para proteger a los empleados, convendría limitar el alcance del párrafo 5 a los empleados del porteador, excluyendo a los subcontratistas del porteador. También se expresó la opinión de que sólo debería hacerse extensivo el amparo de las "cláusulas Himalaya" a las partes que fueran responsables en virtud del proyecto de instrumento. Por otra parte, se sugirió que el párrafo 5 se limitara a regular la situación de los empleados del porteador contratante o de una parte ejecutante marítima si demostraban que habían actuado conforme a los términos de su empleo.

174. Frente a esas sugerencias se advirtió de que no convenía apartarse demasiado de la interpretación de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby, pues ello podría restar aceptabilidad al proyecto de instrumento. Se señaló también que la definición de "parte ejecutante" sólo incluía a las personas que manipularan "físicamente" las mercancías. Por consiguiente, los pilotos, los inspectores de carga y otras personas que prestaran asistencia al porteador no se beneficiarían de la protección de las "cláusulas Himalaya". En cuanto a la formulación del proyecto de instrumento, se sugirió que el amparo ofrecido por el párrafo 5 se hiciera extensivo por lo menos a los "empleados o representantes del porteador contratante o de una parte ejecutante marítima". Según otra sugerencia, convendría introducir en el texto palabras en virtud de las cuales todas las partes que intervinieran en las operaciones marítimas, incluidos los subcontratistas independientes, se beneficiaran de esa protección.

175. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que, como variante del texto actual del párrafo 5, se insertaran entre corchetes las palabras "empleados o representantes del porteador contratante o de una parte ejecutante marítima", para proseguir las deliberaciones al respecto en un futuro período de sesiones. Se pidió a la Secretaría que examinara la posibilidad de introducir en el texto otra variante que limitara el alcance del párrafo 5 al ámbito marítimo.

176. En cuanto a la redacción, se observó que las palabras "si se entabla una acción" podían prestarse a una interpretación errónea, por lo que convendría sustituirlas por las palabras "si se entabla una acción en virtud del presente instrumento". El Grupo de Trabajo tomó nota de esta sugerencia.

g) Párrafo 6

177. Se planteó el problema de la traducción del concepto jurídico de "*joint and several liability*" a algunos idiomas oficiales. Se señaló, por ejemplo, que en español y en francés debería decirse "*responsabilidad solidaria*" y "*responsabilité solidaire*", respectivamente. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que velara por la coherencia entre las traducciones de dicho concepto a los distintos idiomas oficiales. Se sugirió que se introdujera en el proyecto de instrumento una definición de "responsabilidad solidaria". Sin embargo, según la opinión general, esa definición sería superflua, ya que en los distintos ordenamientos jurídicos existían los conceptos equivalentes. Se sugirió además que las disposiciones del párrafo 6 no impidieran a las partes responsables presentar recursos.

178. Con respecto al contenido del párrafo 6 se formuló una pregunta sobre el modo en que la referencia a los límites previstos en los artículos 16, 24 y 18 podría repercutir en la aplicación de los convenios internacionales mencionados en el proyecto de artículo 8 que pudieran ser aplicables antes o después del tramo marítimo del transporte. Se respondió que, por lo que respecta a las partes ejecutantes marítimas, el proyecto de artículo 8 no sería aplicable. Además, si bien el proyecto de artículo 8 podría ser aplicable respecto de las partes ejecutantes no marítimas, no parecía existir ni un solo caso en que un demandante tuviera la opción de entablar una acción contra un porteador contratante o una parte ejecutante no marítima a quien pudiera aplicarse el artículo 8. Se sostuvo que la posibilidad de acciones concurrentes sólo era concebible en caso de demandas contra el porteador contratante o contra una parte ejecutante marítima, pero tanto el porteador como la parte ejecutante marítima estarían amparados por limitaciones marítimas.

179. Se expresaron dudas sobre la aplicación de los límites de la responsabilidad. En el supuesto de que dos partes fueran responsables pero que el límite de responsabilidad no fuera aplicable respecto de una de esas partes, la teoría de la responsabilidad solidaria sería aplicable hasta el límite respecto de una parte, pero la responsabilidad de la otra parte iría más allá de ese límite. A fin de aclarar que el párrafo 6 sólo debería afectar a las partes ejecutantes marítimas y, ante la mencionada hipótesis, se sugirió que se simplificara el texto del párrafo 6 con palabras del siguiente tenor: "El porteador contratante y la parte ejecutante marítima serán solidariamente responsables". Se sugirió que esta cuestión se tratara con mayor detenimiento en el contexto del párrafo 7.

180. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que el ámbito de aplicación del párrafo 6 se limitara a las partes ejecutantes marítimas.

181. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no pudo examinar el párrafo 7 del proyecto de artículo 15.

IV. Otros asuntos

182. El Grupo de Trabajo tomó nota de que su 13º período de sesiones se celebraría, según lo previsto, del 3 al 14 de mayo de 2004 en Nueva York. El Grupo de Trabajo tomó nota con reconocimiento de la decisión adoptada por la Comisión en su 36º período de sesiones por la que permitiría al Grupo de Trabajo celebrar períodos de sesiones de dos semanas de duración de modo que pudiera proseguir su labor (véase el documento A/58/17, párr. 275).

183. El Grupo de Trabajo tomó nota de la iniciativa de algunas delegaciones consistente en que se organizara, antes del 13º período de sesiones del Grupo de Trabajo, un seminario sobre las cuestiones de autonomía contractual que se planteaban en el transporte internacional total o parcialmente marítimo de mercancías de puerta a puerta. Se pidió a la Secretaría que examinara la posibilidad de copatrocinar ese seminario.

B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 12º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [marítimo] de mercancías: Adición a la recopilación de las respuestas recibidas a un cuestionario sobre el transporte de puerta a puerta y de observaciones suplementarias de los Estados y de las organizaciones internacionales en relación con el proyecto de instrumento

(A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1) [Original: español/inglés]

ADICIÓN

Índice

Página

Introducción . . . . . .

I. Respuestas dadas al cuestionario por organizaciones no gubernamentales . .

Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo . . . . . .

II. Declaraciones y aportaciones adicionales recibidas de organizaciones no gubernamentales en el marco de los preparativos de un proyecto de instrumento . . . . . .

1. Asociación de Transporte Multimodal Internacional (IMMTA) . . . . . .

2. Unión Internacional de Seguros Marítimos (IUMI) . . . . . .

Anexo. Cuestionario . . . . . .

Introducción

1. En enero de 2003, se publicó un documento titulado "Recopilación de las respuestas recibidas a un cuestionario sobre el transporte puerta a puerta y de observaciones suplementarias de los Estados y de las organizaciones internacionales en relación con el alcance del proyecto de instrumento" (A/CN.9/WGIII/WP.28). Ese documento reproducía las respuestas dadas a un cuestionario que se distribuyó entre las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales interesadas, así como entre los Estados, en agosto de 2002 con el fin de recabar información sobre la práctica del transporte en contenedores y sobre la utilización de los contratos de puerta a puerta por los porteadores. En ese documento se incluyeron declaraciones y aportaciones adicionales presentadas a la Secretaría con miras a la preparación del proyecto de instrumento. El presente documento contiene respuestas y declaraciones que la Secretaría ha recibido con posterioridad a la fecha de publicación de la

recopilación inicial. Se vuelve a publicar en un anexo el cuestionario anteriormente mencionado.

2. Se reproduce a continuación, en la sección I una serie de respuestas al cuestionario que se recibieron de organizaciones no gubernamentales.

3. En la sección II, se publican ciertas declaraciones y aportaciones adicionales presentadas a la Secretaría por organizaciones no gubernamentales en el marco de la labor preparatoria del proyecto de instrumento.

4. Las respuestas, observaciones y aportaciones mencionadas anteriormente en los párrafos 2 y 3 pueden verse reproducidas en la forma en que fueron recibidas por la Secretaría.

I. Respuestas dadas al cuestionario por organizaciones no gubernamentales

Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo

[Original: español]

1 y 2. La utilidad de contar con un régimen de responsabilidad uniforme para el transporte "puerta a puerta" y que comprenda el tramo marítimo es de incuestionable utilidad para todos los intereses vinculados con el comercio internacional. El punto crítico es determinar sobre qué bases habrán de asentarse tales pautas uniformes y cuál será el grado de inserción en los ordenamientos jurídicos nacionales y regionales que contienen normas relativas a los distintos modos de transporte, en algunos casos normas de orden público. A modo de ejemplo, citamos las Decisiones 331 y 393 del Acuerdo de Cartagena, el Acuerdo de Transporte Multimodal Internacional entre los Estados Parte del Mercosur.

En el proyecto que nos ocupa, se trata de implementar un régimen particular de transporte multimodal, ya consagrado -de modo general- en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías de 1980.

La posibilidad de un régimen de responsabilidad "particular", podría generar problemas, en tanto difiera del modo que lo resuelve el citado Convenio de 1980, especialmente si dicho régimen de responsabilidad se aparta de las Reglas de Hamburgo, que se encuentran vigentes, y que constituyen la fuente del Convenio sobre Transporte Multimodal, 1980.

3. La idea de identificar el transporte por tierra con el transporte por mar, nos aleja de una práctica y una normativa diferentes, prácticamente en todos los países. Ello obedece a la histórica naturaleza que fuera reconocida al transporte marítimo, la especialidad de los riesgos, particularmente el denominado "riesgo de mar". Sobre este antiguo reconocimiento se aceptó la limitación de la responsabilidad, o el concepto de "fortuna de mar". Las normas de exoneración y limitación de responsabilidad que contienen las Reglas de La Haya-Visby no parecieran responder a una *necesidad de la industria*, como lo fueron hace más de medio siglo. Las nuevas tendencias del denominado "Derecho de Daños" se inclinan hacia la

responsabilidad objetiva y la reparación integral por los daños causados. Estos nuevos conceptos deben tenerse en cuenta y, sobre todo, cuando se aplican al transporte terrestre de mercancías en varios países.

4. El ideal de un sistema uniforme, como se expresó en la respuesta anterior, tropieza con las diferentes realidades ontológicas y jurídicas que comprenden a las empresas de estibaje, transportistas terrestres, depósitos, terminales, etc. Las diferencias, entre otras, se presentan en los sistemas de responsabilidad, las causales de exoneración, el límite de responsabilidad y los plazos de prescripción de las acciones.

5. Cuando se trata de un transporte multimodal, es posible admitir la acción del damnificado contra el responsable (daño localizado) o contra cualquiera de los intervinientes en la cadena del transporte, bajo la premisa de un régimen de responsabilidad solidaria. Sin perjuicio del derecho del demandado de repetir contra el efectivo responsable del daño.

Se invoca, a favor de este criterio, un interés común o asociativo entre la empresa, u oferente (inicial), de transporte multimodal (OTM) y los porteadores sucesivos y de todos entre sí, a la par de que se concibe al transporte multimodal sobre el sustrato de un contrato común con pluralidad de obligados, indivisible y que responden solidariamente respecto de la ejecución integral del transporte; relación contractual que no se formaliza de modo originario, sino sucesivamente, en razón de que cada porteador accede al contrato al recibir las mercancías. La solidaridad nace por la existencia de un interés asociativo o común, máxime que la solidaridad pasiva se presume en materia mercantil. El fundamento de este criterio se encuentra, además, en la desventajosa posición del cargador para poder reconocer al responsable de la pérdida, el daño o la demora en la entrega de las mercancías. Esta situación se verifica permanentemente en el transporte de mercancías consolidadas en contenedores.

6. La pregunta se refiere a la aplicación de una convención que comprenda el transporte por carretera, vgr. el Convenio CMR en el ámbito europeo, ajena, por tanto, a los países iberoamericanos. Por esa razón, la respuesta correspondería a los países que aplican dicho régimen o que tienen soluciones comunes para el transporte terrestre en un ámbito regional. En un plano meramente especulativo, puede pensarse que no debiera existir diferencia entre el sistema de responsabilidad marítimo y el terrestre, siempre que el sistema uniforme adoptado reúna caracteres comunes relacionados con la obligación de garantía que asume el OTM frente al cargador.

7. Siguiendo la respuesta anterior, un régimen de responsabilidad uniforme podría resultar beneficioso en tanto sería un factor de fortalecimiento de la seguridad jurídica. Algunos autores añaden un factor económico relativo al costo del transporte. Sin embargo, este factor debería tener una justificación precisa.

8. Las diferencias en los sistemas de responsabilidad para cada modo de transporte comprendidos en un contrato “puerta a puerta” generan: a) incertidumbre respecto de las acciones que derivan del daño producido a las mercancías y de las condiciones para salvaguardar el derecho del reclamante; b) diferencias en el monto de reparación (integral o limitada); c) diferencias en la “carga de la prueba”, según el modo de transporte o el lugar donde se produjo el daño; d) la situación de

incertidumbre que presenta el reclamo cuando se desconoce el lugar o el origen del daño en la cadena del transporte; e) la posible responsabilidad del transitorio *forwarder* cuando el transporte no ha sido contratado por el cargador. En esta hipótesis debe añadirse el caso de mercaderías de varios cargadores, consolidadas por el mismo transitorio *forwarder* y que se instrumenta en un solo documento de transporte.

9. La posibilidad de acciones directas contra los responsables del daño, cuando se trate de subcontratistas, participa del mismo criterio de solidaridad que se expuso "ut supra" (respuesta 5).

10. Los comentarios al proyecto han sido expresados en las sesiones del Grupo de Trabajo. Me remito a dichas manifestaciones. El aporte científico cumplido por los redactores del Proyecto es muy valioso y significativo. Independientemente del criterio que pareciera más conveniente en cuanto al ámbito de aplicación (se sugiere que se trate de un régimen "puerto a puerto"). El establecimiento de un régimen "particular" de transporte multimodal (con tramo marítimo), no se compadece con la existencia de un régimen general de transporte multimodal. En cambio, se ha avanzado ventajosamente en la elaboración de una regulación uniforme de ciertos aspectos ignorados en regímenes anteriores relacionados con el transporte (ref. documentos electrónicos, parte ejecutante, derecho de control, entre otros).

En general, en el estadio actual de la legislación universal (incluso de los marcos regionales de América Latina) dadas las diferencias entre los sistemas de responsabilidad de los porteadores terrestres, incluida la de las terminales, no pareciera ni oportuno ni conveniente extender las soluciones sobre responsabilidad del transportista del Derecho Marítimo a los tramos terrestres de un transporte "puerta a puerta".

II. Declaraciones y aportaciones adicionales recibidas de organizaciones no gubernamentales en el marco de los preparativos de un proyecto de instrumento

1. Asociación de Transporte Multimodal Internacional (IMMTA)

[Original: inglés]

La IMMTA opina que los regímenes actuales de la responsabilidad en la esfera del transporte están anticuados y que, además de ser fragmentarios, son costosos para sus usuarios, por lo que sería muy de desear que se preparara un régimen más perfecto.

Sería muy conveniente que se adoptara un nuevo enfoque global que establezca un régimen común para todas las modalidades de transporte. Si fuera posible agrupar todas las modalidades de transporte bajo un único régimen global, dicho enfoque sería bien acogido por un gran número de los usuarios y de los proveedores de medios de transporte. La IMMTA opina por ello que dicha meta es digna de ser alcanzada.

Si esto supone un replanteamiento demasiado radical del proceso de modernización en curso de los regímenes de transporte, debe buscarse al menos una solución que

dote de cierta coherencia a la operación de transporte de mercancías de puerta a puerta con independencia de la modalidad de transporte que se utilice. Ahora bien, la solución no está en extender el régimen de un convenio marítimo más allá de los puertos de partida y de destino, sino en elaborar un instrumento genuinamente multimodal. Toda otra solución está condenada al fracaso. Por ejemplo, el nuevo régimen deberá tener plenamente en cuenta los intereses particulares del sector ferroviario.

La IMMTA cree firmemente que la preparación de un nuevo régimen para el transporte de puerta a puerta debe hacerse con la participación de representantes de las empresas y usuarios de todas las modalidades de transporte eventualmente afectadas por dicho régimen. Toda labor efectuada sin la plena participación de todos los interesados resultará, sin lugar a duda, en otro instrumento inviable que no solucionará ninguno de los problemas que hacen que la situación actual sea insatisfactoria.

Todo nuevo régimen internacional de la responsabilidad deberá ofrecer ventajas claras frente al marco jurídico actual para imponerse en la práctica. Toda medida que sólo sirva de parche agravará la complejidad de la situación actual sin reportar ningún provecho. Todo nuevo instrumento deberá valerse de términos bien conocidos y de fácil comprensión para los tribunales que hayan de dirimir toda controversia relativa al transporte. Ello significa que se habrán de emplear en la medida de lo posible los términos consagrados en los convenios de transporte actuales. Si se juzga necesario modernizar el lenguaje utilizado en convenios que se aprobaron a comienzos del siglo XX, se habrá de buscar ese lenguaje en los convenios elaborados en la segunda mitad de dicho siglo, así como en el proyecto de ley del transporte por mar de mercancías (*COGSA*) de los Estados Unidos. En todo caso, se habrá de procurar formular el nuevo texto en términos claros e inequívocos.

El actual proyecto de texto se ocupa de materias no abordadas en los convenios existentes, por lo que el Grupo de Trabajo deberá evaluar con suma cautela la oportunidad de introducir ahora esas materias en un nuevo instrumento.

2. Unión Internacional de Seguros Marítimos (IUMI)

[Original: inglés]

La Unión Internacional de Seguros de Transporte (IUMI) fue fundada en 1874. Representa a 53 asociaciones nacionales de aseguradores marítimos procedentes de mercados de todo el mundo. Alrededor de un 80% de las primas del seguro marítimo, cobradas en todo el mundo, por un importe total de unos 10.500 millones de dólares (2001), son percibidas por entidades que son miembros de la IUMI.

En su calidad de organización internacional representativa de las compañías de seguros marítimos tanto de los propietarios de carga como de los porteadores, la IUMI apoya la concertación de un tratado uniforme moderno para el transporte de mercancías por mar que sea justo, equitativo y razonable para todas las partes interesadas.

La IUMI se felicita de la iniciativa de la CNUDMI por promover la causa de la armonización del derecho marítimo internacional y agradece sumamente la contribución del Comité Marítimo Internacional (CMI) a la preparación del proyecto de instrumento.

La IUMI responde complacida a la invitación dirigida por la CNUDMI a los representantes del sector comercial para que participen en la creación de un instrumento moderno, por lo que ha decidido presentar sus observaciones, conforme puede verse a continuación.

Ámbito de aplicación (proyecto de artículo 4.2.1)

La IUMI opina que debe extenderse el régimen del proyecto de instrumento a las remesas expedidas de "puerta a puerta" que supongan un segmento marítimo. Un marco jurídico así de claro reduciría el número de controversias y simplificaría el proceso de cobro de las indemnizaciones, ya que una de las principales dificultades inherentes al marco jurídico actual es la de tener que determinar dónde ocurrió la pérdida o el daño y, subsiguientemente, cuál es el porteador responsable y cuál será el régimen de responsabilidad aplicable. Además, puede resultar difícil identificar al porteador o transportista implicado, mientras que toda cláusula por la que se opte por una jurisdicción extranjera puede suscitar problemas. La solución ideal sería disponer de un régimen uniforme aplicable a toda la operación de transporte, en lugar de un sistema interconectado, aun cuando dicho sistema sea de alcance limitado, ya que todo sistema interconectado puede ser fuente de incertidumbre. Simplificar significaría facilitar el cobro del seguro, reducir trámites y mejorar la determinación de la responsabilidad del porteador. Para que ello sea posible, será preciso obtener el apoyo de las organizaciones representativas de todos los interesados en este comercio, tales como los estibadores, las empresas de terminales de transporte, los transportistas por carretera, las empresas ferroviarias y los gestores de almacén.

Ahora bien, pueden darse conflictos jurisdiccionales en el marco del derecho interno y la aceptación uniforme de los regímenes internacionales es algo que está aún por lograr. Si no cabe obtener un régimen uniforme de la responsabilidad en el marco internacional actual de convenios unimodales aplicables a una única modalidad de transporte, la IUMI desearía que los límites de la responsabilidad para todo daño que no sea posible ubicar en un determinado tramo de la operación se rijan por el convenio internacional imperativamente aplicable cuyos límites sean más elevados.

Partes ejecutantes (proyecto de artículo 1.17)

La IUMI está firmemente a favor de que sea posible presentar una demanda directamente contra un subcontratista y sería partidaria de que se impusiera al porteador contractual y al porteador efectivo una regla de la responsabilidad mancomunada y solidaria que sería igualmente aplicable frente a todo porteador que ejecute algún tramo intermedio o frente a todo transitario que haya subcontratado a otro porteador para ejecutar alguna parte de la operación. La IUMI desea insistir en la importancia a este respecto de que el régimen de la convención sea claro e inequívoco en lo referente a si cabe presentar una demanda judicial frente a todo transitario o porteador de algún segmento intermedio de la operación. En el

Convenio CMR, la solución de este extremo se deja al arbitrio de los tribunales de cada país. En el nuevo instrumento se deberá evitar dicha incertidumbre.

Responsabilidad de los porteadores (proyectos de artículo 4, 5 y 6)

La IUMI opina que debería modificarse la atribución actual de los riesgos. La IUMI es favorable a que se elimine la excepción basada en el error de navegación o de gestión. No se dispone de información estadística para evaluar la reducción que dicha excepción supone a los riesgos de los aseguradores de la carga, pero las compañías de seguro estiman que la reducción de dicho riesgo no sobrepasaría de un 4%.

La IUMI opina que debería suprimirse la exoneración por concepto de incendio. No se dispone de información estadística para evaluar la reducción del riesgo asegurado que ello supondrá para los aseguradores de la carga, pero se estima que esa reducción no sobrepasaría de un 2%.

La IUMI está igualmente en favor de extender la obligación de navegabilidad del buque al recorrido total por mar de la operación de transporte. No se dispone de información estadística para evaluar la reducción correspondiente del riesgo asumido por los aseguradores de la carga, pero se estima que sería inferior al 1%.

Artículo 6.1.4 del proyecto de instrumento

La IUMI es favorable a que se mantenga el actual régimen de responsabilidad del porteador por la totalidad de la pérdida, salvo en la medida en que el porteador pueda probar que dicha pérdida es imputable a algún hecho del que él no sea responsable. Es inadecuado requerir que el reclamante del pago comparta la carga de la prueba con el porteador respecto de la determinación de la causa de la pérdida. Ya que ese régimen supone que el propietario de la carga dispone de igual facilidad de acceso que el porteador a la información relativa a las condiciones del viaje y de manipulación de la carga durante la operación. Es evidente que ello no es cierto. La IUMI ha estimado que el riesgo asumido por los aseguradores de la carga se elevaría en más de un 10%, si se aplicara una distribución por partes iguales de los riesgos de pérdida.

Contratos combinados de transporte y tránsito (proyecto de artículo 4.3)

La IUMI es firmemente contraria a la posibilidad de que el porteador pueda sustraerse por vía contractual al régimen de la responsabilidad que le sea aplicable, asumiendo la mera condición de agente o mandatario.

No debe permitirse que el porteador altere su condición, en el curso del viaje, de actor principal de la operación a la de simple agente o mandatario. En la práctica, resultaría sumamente difícil, si no imposible, determinar, para cada etapa del viaje, cuál era el rango o la condición en la que el porteador estaba actuando. Permitir que un porteador actúe en calidad tanto de agente como de principal en el curso de una sola operación alentaría la creación de barreras jurídicas estratégicas y el recurso a prácticas destinadas principalmente a eludir la responsabilidad para reducir gastos.

En su formulación actual, dicha disposición requiere que haya “acuerdo explícito” lo que, en muchas jurisdicciones puede requerir únicamente una cláusula impresa

por adelantado en un formulario. No debe permitirse que el porteador reduzca su función en la operación a la de un mero agente a fin de sustraerse a su responsabilidad mediante el simple recurso a una cláusula impresa en el formulario utilizado para extender el documento de transporte.

En el comercio por líneas marítimas regulares, el propietario de la carga no ejerce control o supervisión alguna sobre la subcontratación de servicios por el porteador, por lo que tener que presentar una demanda ante un tribunal extranjero a raíz de una larga y costosa investigación de la causa de la pérdida pudiera desalentar la presentación de una demanda por daños plenamente admisible.

Notificación de la pérdida (proyecto de artículo 6.9)

El plazo de tres días sugerido no es adecuado, ya que en la mayoría de los casos resultaría imposible de cumplir. Dicho plazo de notificación fue fijado hace un siglo en una época en la que la carga transportada era menos compleja, los daños más evidentes y la manipulación de la carga en el punto de destino estaba mucho menos automatizada.

La IUMI opina que un plazo de seis días resultaría razonable para todo tipo de remesas, con independencia de si se transportan de puerto a puerto o de puerta a puerta, ya que daría una oportunidad razonable al consignatario para inspeccionar las mercancías. El volumen transportado ha aumentado, por lo que se ha impuesto al consignatario requisitos más severos en materia de seguridad, inspección y denuncia oportuna tras la entrega. En algunos casos, ello permitirá identificar más pronto los daños, pero cabe que otras prioridades demoren la notificación de los daños al porteador, como pudiera ser la utilización de un sistema de gestión de existencias automatizado y el método a seguir para los ensayos de seguridad de alimentos.

Plazo para la demanda (proyecto de artículo 14.1)

Este plazo es sumamente importante para los aseguradores de la carga, ya que su brevedad, de sólo un año, hace que se presenten demandas innecesarias por temor de que prescriba el derecho a presentarlas.

Si bien no es posible evaluar exactamente las costas procesales o los gastos de personal innecesarios que ello ocasiona, las costas procesales pueden superar el 10% de las sumas demandadas por concepto de daños. Cabría reducir notablemente dichas costas si se prolonga el plazo de prescripción de la demanda. La IUMI opina que dicho plazo debería ser de dos años, que es el plazo ya adoptado en diversos instrumentos como las Reglas de Hamburgo, el Convenio de Budapest, aprobado en el año 2000, relativo al transporte de mercancías por vías de navegación interior y el Convenio de Montreal de 1999.

De no prolongarse dicho plazo, debería paralizarse el transcurso del plazo durante el tiempo que reclame el porteador para considerar los méritos de la reclamación que le haya sido presentada. El consignatario está obligado a dar el preaviso al porteador dentro de un breve plazo a raíz de la entrega. El porteador gozará de un derecho a inspeccionar la carga en ese momento. A raíz de dichos trámites suele ser fácil averiguar si va a presentarse una demanda. Los propietarios de la carga están obligados a demostrar, en el momento de presentar una demanda por daños, que han hecho lo posible por recuperar o salvar el valor de las mercancías siniestradas, lo

que puede llevar cierto tiempo, especialmente si se ha de recurrir a algún proceso industrial o pericial. Se suele recomendar que el mejor método es mantener al porteador informado a lo largo de dicho proceso (por ejemplo invitándole a volver a inspeccionar las mercancías o a hacer observaciones sobre el procedimiento seguido). Además, se necesita tiempo para obtener del porteador información, si es que se obtiene, y dicho tiempo no debería correr a expensas del plazo otorgado al propietario de la carga. La investigación de la causa puede ser también lenta, particularmente en aquellos países en los que las autoridades portuarias o marítimas y/o los propios tribunales investigan los siniestros y dejan transcurrir cierto tiempo antes de dar a conocer su dictamen.

Es además indispensable obtener ciertas prórrogas de la autoridad competente y en nombre del interesado que proceda. Esto puede plantear un problema jurídico difícil de desentrañar para el que tal vez haya de obtenerse asesoramiento letrado o pericial y puede requerir una investigación prolongada para determinar quién podrá presentar una demanda en virtud del contrato de transporte y contra quién deberá dirigirse la demanda.

No cabe señalar ventaja alguna en mantener el mencionado plazo de un año, ya que no ahorra gastos al porteador y puede imponer un límite de tiempo excesivamente breve al propietario de la carga que haya de presentar una demanda sumamente compleja. Además, el actual sistema puede resultar injusto al favorecer al porteador que demora indebidamente su tramitación de la reclamación que le haya sido presentada.

Límites de la autonomía contractual y ámbito de aplicación (proyectos de artículo 3 y 17)

Es evidente que permitir que las partes estipulen que el régimen del nuevo instrumento no será aplicable a su contrato redundaría en perjuicio de la uniformidad del nuevo régimen. Por ello, la IUMI opina que debería limitarse la autonomía contractual de las partes al respecto.

No debe permitirse que las partes excluyan por vía contractual la aplicación del régimen del futuro convenio. Con arreglo a las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby, las partes podrán excluir por vía contractual la aplicación de dichos convenios en acuerdos especiales, respecto de recibos no negociables, y cuando el objeto del acuerdo justifique algún régimen especial y no se trate de “un envío comercial ordinario”, efectuado en “el curso normal del negocio”. Estimamos que debe seguirse este mismo criterio en el régimen del nuevo instrumento.

Además, toda estipulación contractual por la que las partes excluyan el régimen del nuevo instrumento no debe ser vinculante para ningún tercero interesado en la operación de transporte.

Ahora bien, las reglas aplicables a la póliza de fletamento, al fletamento por compartimentos o espacio y al transporte de animales vivos no deben ser, en principio, de índole imperativa.

Foro

Ciertos miembros de la IUMI han expresado su inquietud respecto de la posibilidad de seleccionar el foro competente para la solución de controversias por la vía

judicial o arbitral. La IUMI insta a que se adopte el mismo lenguaje que en las Reglas de Hamburgo, que permiten que el demandante seleccione el foro de entre una lista de opciones en donde figura el lugar de partida de las mercancías y su lugar de entrega. No debe permitirse que el porteador contractual y el cargador seleccionen de común acuerdo un foro e impongan dicho foro a un consignatario que no haya prestado su acuerdo.

ANEXO

CUESTIONARIO

1. ¿Consideraría útil que un único régimen de la responsabilidad fuera aplicable a todo transporte de puerta a puerta que comprendiera un tramo marítimo?
2. En caso afirmativo, ¿por qué?
3. ¿Debería regir un mismo derecho todo el transporte de mercancías, tanto sus tramos terrestres como marítimos?
4. ¿Deberían estar sujetos al mismo régimen de la responsabilidad que el porteador marítimo todos los participantes en el transporte de cargamento de puerta a puerta, incluidos los estibadores, las empresas de terminales de transportes, las empresas de transporte por camión, las sociedades ferroviarias, los almacenes y otros?
5. ¿Deberían los participantes en un transporte de puerta a puerta, tales como los estibadores, los empresarios de terminales de transporte, las empresas de transporte por camión, las sociedades ferroviarias, los almacenes y otros, estar sujetos a las reclamaciones directas por parte de los propietarios del cargamento o de sus aseguradores en virtud de un régimen único multimodal por los daños causados por un determinado participante?
6. En el caso de los convenios existentes que se aplican al transporte terrestre, como el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), ¿deberían esos convenios seguir rigiendo la responsabilidad del porteador terrestre cuando éste efectuara un transporte terrestre y marítimo a la vez, o podría el porteador terrestre, en ciertas circunstancias, estar sujeto al mismo régimen de responsabilidad que los porteadores marítimos?
7. ¿Qué posibles ventajas ve usted en la aplicación de un régimen uniforme de responsabilidad al transporte terrestre y marítimo en el transporte multimodal?
8. ¿Qué problemas comunes se experimentan actualmente a raíz del sistema de regímenes de responsabilidad para el transporte de mercancías de puerta a puerta?
9. ¿Considera usted que sería ventajoso para la industria dar a los propietarios o aseguradores del cargamento la oportunidad de presentar reclamaciones directamente contra el subcontratista del porteador que haya expedido el conocimiento de embarque por los daños o pérdidas que se hayan producido estando las mercancías bajo la custodia del subcontratista?

10. Aproveche la oportunidad para indicar cualquier otro comentario u observación que desee hacer respecto del instrumento de la CNUDMI en su forma actual.

C. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 12º período de sesiones: Proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías Nota de la Secretaría

(A/CN.9/WG.III/WP.32) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
Introducción		1-5
		Notas
Anexo	Proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	1-240
	Capítulo 1: Disposiciones generales	1-38
	Artículo 1. Definiciones	1-26
	Artículo 2. Ámbito de aplicación	27-38
	Capítulo 2: Comunicación electrónica	39
	Artículo 3	
	Artículo 4	
	Artículo 5	
	Artículo 6	40
	Capítulo 3: Período de responsabilidad	41-44
	Artículo 7	41
	Artículo 8. Transporte que preceda al transporte por mar o sea subsiguiente a él	42-43
	Artículo 9. Contratos combinados de transporte y tránsito	44
	Capítulo 4: Obligaciones del porteador	45-56
	Artículo 10	45
	Artículo 11	46
	Artículo 12	48-49
	Artículo 13. Obligaciones suplementarias aplicables a los tramos marítimos	50-56
	Capítulo 5: Responsabilidad del porteador	57-102
	Artículo 14. Base de la responsabilidad	57-80
	Artículo 15. Responsabilidad de las partes ejecutantes	81-83
	Artículo 16. Retraso	84-86
	Artículo 17. Cálculo de la indemnización	87-90
	Artículo 18. Límites de la responsabilidad	91-93
	Artículo 19. Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad	94

Artículo 20. Notificación en caso de pérdida, daño o retraso 95-101
Artículo 21. Reclamaciones extracontractuales 102

Capítulo 6: Disposiciones suplementarias relativas al transporte por mar [o por otras aguas navegables] 103-113

Artículo 22. Responsabilidad del porteador 104-108
Artículo 23. Desviación 109-112
Artículo 24. Carga en cubierta 113

Chapter 7: Obligaciones del cargador 114-126

Artículo 25 114-116
Artículo 26 117
Artículo 27 118
Artículo 28 119
Artículo 29 120
Artículo 30 123-125
Artículo 31 . . . . . .
Artículo 32 126

Capítulo 8: Títulos de transporte y documentos electrónicos 127-146

Artículo 33. Emisión del título de transporte o del documento electrónico 127
Artículo 34. Datos del contrato 128-131
Artículo 35. Firma 132-133
Artículo 36. Deficiencias en los dtos del contrato 134-138
Artículo 37. Limitaciones relativas a la descripción de las mercancías en los datos del contrato 139-142
Artículo 38. Medios razonables de verificación y buena fe 143
Artículo 39. Prueba rebatible y prueba concluyente 144-145
Artículo 40. Efecto provatorio de las cláusulas de limitación 146

Capítulo 9: Flete 147-159

Artículo 41 148
Artículo 42 149-151
Artículo 43 152
Artículo 44 153-158
Artículo 45 159

Capítulo 10: Entrega al consignatario 160-179

Artículo 46 160-162
Artículo 47 163
Artículo 48 164-167
Artículo 49 168-174
Artículo 50 175-176
Artículo 51 177
Artículo 52 178-179

Capítulo 11: Derecho de control 180-200

Artículo 53 180-183
Artículo 54 184-190

Artículo 55 191-197
Artículo 56 198
Artículo 57 199
Artículo 58 200

Capítulo 12: Transferencia de derechos 201-207

Artículo 59 201-202
Artículo 60 203-205
Artículo 61 206
Artículo 62 207

Capítulo 13: Derechos de acción o procesales 208-213

Artículo 63 208-211
Artículo 64 212
Artículo 65 213

Capítulo 14: Plazo para presentar una demanda 214-221

Artículo 66 214-215
Artículo 67 216
Artículo 68 217
Artículo 69 218-219
Artículo 70 220
Artículo 71 221

Capítulo 15: Vía Judicial 222-224

Artículo 72 . . . . . .
Artículo 73 . . . . . .
Artículo 74 . . . . . .
Artículo 75 . . . . . .
Artículo 75 bis. . . . . .

Capítulo 16: Arbitraje 225-228

Artículo 76 . . . . . .
Artículo 77 227
Artículo 78 . . . . . 226 y 228
Artículo 79 . . . . . .
Artículo 80 . . . . . .
Artículo 80 bis. . . . . .

Capítulo 17: Avería gruesa 229-230

Artículo 81 229
Artículo 82 230

Capítulo 18: Otros convenios 231-235

Artículo 83 231
Artículo 84 232
Artículo 85 233
Artículo 86 234

Artículo 87 235

Capítulo 19: Límites de la autonomía contractual 236-240

Artículo 88 237-239
Artículo 89 240

Introducción

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

2. En su 36º período de sesiones, la Comisión dispuso de los informes de los períodos de sesiones décimo (Viena, 16 a 20 de septiembre de 2002) y 11° (Nueva York, 24 de marzo a 4 de abril de 2003) del Grupo de Trabajo (A/CN.9/525 y A/CN.9/526, respectivamente).

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

---

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

[ii] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párr. 224.

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

5. En el anexo de la presente nota figuran disposiciones revisadas para un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías que ha preparado la Secretaría para que el Grupo de Trabajo las examine. Los cambios introducidos en el texto anteriormente examinado por el Grupo de Trabajo (recogido en el documento A/CN.9/WG.III/WP.21) se han indicado subrayando el texto nuevo y tachando el texto suprimido.

[iii] Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párrs. 205 a 208.

Anexo

Proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Definiciones[1]

A los efectos del presente instrumento:

a)~~1.5~~ Por "contrato de transporte"[2] se entenderá un contrato en virtud del cual un porteador, contra pago del flete, se compromete a transportar las mercancías **total o parcialmente**[3] por mar de un lugar a otro.

b)~~1.1~~ Por "porteador"[4] se entenderá una persona que concierta un contrato de transporte con un cargador.

c)~~1.3~~ Por "consignador"[5] se entenderá una persona que entrega las mercancías ~~a un~~ al porteador o a una parte ejecutante[6] para su transporte.

---

[1] En el párrafo 72 del informe sobre el noveno período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte (A/CN.9/510) se señalaba que hubo acuerdo general en que el texto mejoraría si se ordenaban las definiciones siguiendo un orden más lógico que enumerase en primer lugar la denominación respectiva de las diversas partes que podrían intervenir en las relaciones contractuales reguladas por el proyecto de instrumento y, luego, los términos a los que se atribuye algún significado técnico en los diversos proyectos de disposición. Se ha modificado en consecuencia el orden de las definiciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee también estudiar títulos para los artículos que aún carecen de título.

[2] En el párrafo 83 del documento A/CN.9/510 se indicaba que esta definición era demasiado simplista y que podía requerir un análisis más detallado de las diversas obligaciones del porteador. Se sugirió también que se mencionara asimismo al cargador y que no se hablara directamente del "porteador" sino de una "persona". Sobre estas cuestiones no se llegó a ninguna decisión y, por consiguiente, las sugerencias no se han incorporado al texto.

[3] En el párrafo 85 del documento A/CN.9/510 se observaba que el Grupo de Trabajo había decidido mantener en el texto del proyecto de disposición las palabras "total o parcialmente", pero que estas palabras aparecieran con una tipografía diferenciada para dar a entender que tal vez requieran particular atención en el momento de adoptar una decisión definitiva sobre el alcance del proyecto de instrumento. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también si las palabras "total o parcialmente" deberían figurar en el título del proyecto de instrumento.

[4] En el párrafo 73 del documento A/CN.9/510 se recordaba que esta definición se inspiraba en un principio ya incorporado a las Reglas de La Haya-Visby y a las Reglas de Hamburgo. Se expresó la inquietud de que en esta definición no se hiciera suficiente referencia a las partes por cuya cuenta se concertaba un contrato de transporte. Tampoco abarcaba adecuadamente el caso de los transitarios ni puntualizaba que englobaba a todas las personas, tanto físicas como jurídicas. Sobre estas cuestiones no se llegó a ningún acuerdo, pero en el párrafo 74 del documento A/CN.9/510 se convino en que la actual definición constituía una base aceptable para proseguir la labor en curso.

[5] En el párrafo 78 del documento A/CN.9/510 se apoyó la idea de que se especificara que el consignador entregaba las mercancías "en nombre" del cargador. También se sugirió en el párrafo 79 del mismo documento que se insertaran palabras que pusieran en claro que el consignador debía efectuar la entrega de las mercancías al porteador "efectivo" o "ejecutante", pero se expresó el parecer de que el término "porteador" daba suficiente margen para la eventualidad de que interviniera una parte ejecutante, además del porteador original. Por último, en el párrafo 80 del documento A/CN.9/510 se expresó la opinión de que, al revisar la

d)~~1.19~~ Por "cargador"[7] se entenderá una persona que concierta un contrato de transporte con un porteador.

e)~~1.17~~ Por "parte ejecutante"[8] se entenderá una persona que no sea el porteador, que ejecuta físicamente [o se compromete a ejecutar][9] ~~[o deja de ejecutar total o parcialmente]~~[10] alguna de las responsabilidades del porteador en virtud de un contrato de transporte por lo que se refiere al transporte, la manipulación, la custodia, o el almacenamiento de las mercancías, en la medida en que dicha persona actúa, directa o indirectamente, a petición del porteador o bajo la supervisión o el control del porteador, independientemente de que esa persona sea parte en el contrato de transporte, o esté identificada en él o tenga responsabilidad jurídica en virtud de él. La expresión "parte ejecutante" no incluye a una persona que haya sido contratada por un cargador o un consignatario, o que sea empleada, agente, contratista o subcontratista de una persona (que no sea el porteador) que haya sido contratada por un cargador o un consignatario.

---

definición, el Grupo de Trabajo tal vez podría tener en cuenta el texto del párrafo 5 del artículo 1 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías. El Grupo de Trabajo no llegó a ningún acuerdo para la revisión de esta disposición.

[6] Se ha tenido en cuenta la corrección que figuraba en el proyecto original de instrumento del CMI, en que se agregaban las palabras "o una parte ejecutante" a las palabras "el porteador", cuando era necesario. Se ha hecho este mismo ajuste en todas las partes pertinentes del proyecto de instrumento.

[7] Tal como se señalaba en el párrafo 107 del documento A/CN.9/510, habida cuenta de las inquietudes expresadas en el contexto de la definición de "porteador" en el párrafo 1.1 (ahora párrafo 1 b)), se convino en general en que el proyecto de definición de "cargador" constituía una base aceptable para proseguir su examen en un ulterior período de sesiones.

[8] Si bien se expresaron algunas opiniones en sentido contrario, en el párrafo 99 del documento A/CN.9/510 se señalaba que hubo considerable apoyo por retener esta noción en el proyecto de instrumento; se respaldó asimismo la formulación utilizada, incluidos los términos "ejecuta físicamente", para limitar las categorías de personas incluidas en la definición. Tal como se observaba en el párrafo 104 del mismo documento, se sugirió simplificar y abreviar el proyecto de definición y se sugirió suprimir las palabras "independientemente de que esa persona sea parte en el contrato de transporte, o esté identificada en él o tenga responsabilidad jurídica en virtud de él", por resultar oscuras y no añadir nada esencial a la definición. No obstante, no está claro si esta sugerencia recibió un apoyo suficiente en el Grupo de Trabajo.

[9] Tal como se señalaba en el párrafo 100 del documento A/CN.9/510, se sugirió retener todas las opciones ofrecidas en el proyecto de texto y su comentario para una definición de "parte ejecutante". En el párrafo 16 del documento A/CN.9/WG.III/WP.21 se observaba que, como variante de la definición relativamente restrictiva que figuraba en el texto original de dicho documento, cabría formular una definición relativamente amplia con las siguientes palabras: "(…) una persona que no sea el porteador, que ejecuta o se compromete a ejecutar cualquiera de las responsabilidades del porteador en virtud de un contrato de transporte por lo que se refiere al transporte, la manipulación, la custodia o el almacenamiento de las mercancías, en la medida en que ...".

[10] En el párrafo 104 del documento A/CN.9/510 se observaba que, en opinión del Grupo de Trabajo, estas palabras debían suprimirse.

f)~~1.12~~ Por "tenedor"[11] se entenderá una persona que ~~a)~~ por el momento se halla en posesión de un título de transporte negociable o tiene [el acceso exclusivo a] [control exclusivo de] un documento electrónico negociable, y ~~b)~~ que o bien:

i) si el documento es un documento a la orden, está identificada en él como cargadora o consignataria, o es la persona a favor de la cual está debidamente endosado el documento, o

ii) si el documento es un documento a la orden endosado en blanco o es un documento al portador, es el portador de dicho documento, o

iii) si se ha utilizado un documento electrónico negociable, con arreglo al artículo 6 ~~2.4~~ está en condiciones de demostrar que tiene [acceso a] [control de] dicho documento.

g)~~1.18~~ Por "derecho de control"[12] se entenderá el significado que se da a esta expresión en el artículo 49 ~~11.1~~.

h)~~1.7~~ Por "parte controladora"[13] se entenderá la persona que en virtud del artículo 50 ~~11.2~~ tiene derecho a ejercer el derecho de control.

i)~~1.2~~ Por "consignatario"[14] se entenderá una persona que tiene derecho a hacerse cargo de las mercancías en virtud de un contrato de transporte o de un título de transporte sobre papel o un documento electrónico.

j)~~1.11~~ Por "mercancías" se entenderán los géneros, las mercancías y los artículos de todo tipo [que un porteador o una parte ejecutante [hayan recibido para su transporte] [se comprometan a transportar con arreglo a un contrato de

---

[11] En el párrafo 91 del documento A/CN.9/510 se sostuvo que la expresión "por el momento" era innecesaria y se apoyó el mantenimiento del requisito de que el tenedor estuviera debida o "legítimamente" en posesión de un título de transporte negociable. Tampoco está claro si esta sugerencia recibió un apoyo suficiente en el Grupo de Trabajo.

[12] En el párrafo 105 del documento A/CN.9/510 se observó que era más una remisión interna que una definición y se sugirió, por ello, que se suprimiera. No obstante, el Grupo de Trabajo convino en retener la definición para examinarla de nuevo en una etapa ulterior. Véase también la nota 13 *infra*.

El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la primera frase de la introducción del párrafo 11.1 (actualmente artículo 53) debería trasladarse al párrafo 1.18 (ahora párrafo g)) como definición del "derecho de control". En caso de que el Grupo de Trabajo lo decidiera así, el párrafo g) podría decir: por "derecho de control" se entenderá i) el derecho a dar instrucciones al porteador en virtud del contrato de transporte, y ii) el derecho a convenir con el porteador cualquier modificación de ese contrato".

[13] Tomando nota de las preocupaciones expresadas en el párrafo 87 del documento A/CN.9/510 sobre la utilización de una remisión interna de un índice en la sección de definiciones, el Grupo de Trabajo convino en mantener la definición en el texto para un examen ulterior.

[14] Tal como se observaba en el párrafo 75 del documento A/CN.9/510, se sugirió modificar la definición sustituyéndola por términos del siguiente tenor: por "consignatario" se entenderá toda persona facultada para tomar posesión, a su entrega, de las mercancías en virtud del contrato de transporte, que puede estar consignado en un título de transporte o en un documento electrónico"; por otra parte, se sugirió que en la definición de "consignatario" se hiciera referencia a la "parte controladora". Como se señalaba en el párrafo 76 del documento A/CN.9/510, el Grupo de Trabajo tomó nota de todas estas cuestiones, inquietudes y sugerencias a fin de reanudar su examen en una etapa ulterior.

transporte]][15], e incluyen el embalaje y todo tipo de equipo o contenedor que no haya sido proporcionado por ~~un~~ el porteador o una parte ejecutante o en su nombre.

k)~~1.20~~ Por "~~documento~~ título de transporte"[16] se entenderá un documento emitido con arreglo a un contrato de transporte por ~~un~~ el porteador o por una parte ejecutante que

i) ~~a)~~ prueba que ~~un~~ el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte, o

ii) ~~b)~~ sea prueba de un contrato de transporte o lo contenga.

l)~~1.14~~ Por "~~documento~~ título de transporte negociable"[17] se entenderá un documento de transporte que indica, mediante la utilización de palabras como "a la orden" o "negociable" u otros términos apropiados que se estima tienen el mismo efecto respecto de la legislación que rige el documento, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador, a la orden del consignatario, o al portador, y que no se ha indicado explícitamente que sean "no negociables" o que "no son negociables".

---

[15] En el párrafo 90 A/CN.9/510 se expresó la preocupación de que en la definición de "mercancías" se hablara de las mercancías que un porteador o una parte ejecutante "hayan recibido para su transporte" y no de las mercancías que éstos "se comprometan a transportar", ya que, con estos términos la definición dejaba fuera los casos en que el porteador no recibiera las mercancías o no las cargara a bordo de un buque. Se dijo que con la mera referencia a la recepción de las mercancías la definición resultaba demasiado limitada y, como otra opción, se propuso que se simplificara la definición suprimiendo toda referencia a la recepción de las mercancías. El Grupo de Trabajo decidió que la Secretaría preparara dos variantes que tuvieran en cuenta cada uno de estos enfoques, pero el Grupo de Trabajo habría de considerar también si la enmienda hecha más arriba podía ajustarse a las preocupaciones del Grupo de Trabajo, sin necesidad de presentar las dos opciones.

El Grupo de Trabajo tal vez desee señalar también que si se adoptan las palabras "se comprometan a transportar" la frase completa se limite a decir "que un porteador se comprometa a transportar con arreglo a un contrato de transporte", dado que la parte ejecutante no se compromete a transportar las mercancías en virtud del contrato de transporte. No obstante, si se adoptan las palabras "hayan recibido para su transporte", la frase entera debería decir "que un porteador o una parte ejecutante hayan recibido para su transporte".

[16] En el párrafo 86 del documento A/CN.9/510, se sugirió con respecto a la definición de "datos del contrato", en el párrafo 1.6 (ahora párrafo r)) (véase la nota 23 *infra*), que se especificara claramente lo que se entendía por "referente al contrato de transporte". A este respecto se sugirió que cuando el Grupo de Trabajo examinara los proyectos de párrafo 1.9 y 1.20 (ahora párrafos o) y k)) examinara si era realmente necesario el requisito de que una comunicación electrónica o un título de transporte fueran la prueba de un contrato de transporte. Esta definición podría basarse en el artículo 5 1) de la Ley de Transporte Marítimo de Mercancías del Reino Unido (*Carriage of Goods by Sea Act*, 1992), pero no parece haber ninguna duda de que generalmente el título de transporte es también la prueba del contrato de transporte. Por consiguiente, no parece aconsejable poner entre corchetes los artículos 1.20 b) (ahora párrafo k) ii)) o 1.9 b) (ahora párrafo o) ii)).

[17] En el párrafo 93 del documento A/CN.9/510 se sugirió que se explicaran con mayor claridad las diferencias entre la negociabilidad y la no negociabilidad de un documento, particularmente a fin de poder reglamentar como es debido los documentos electrónicos negociables. Frente a este argumento se sostuvo que, si bien era importante definir los conceptos con precisión, particularmente porque era un campo nuevo y porque se veía afectado por el derecho interno, el Grupo de Trabajo debía tener presente que no podía regular todas las consecuencias.

m)~~1.16~~ Por "~~documento~~ título de transporte no negociable"[18] se entenderá un documento de transporte que no se puede considerar como documento de transporte negociable.

n)~~1.8~~ Por "comunicación electrónica"[19] se entenderá una comunicación por imágenes electrónicas, ópticas o digitales, o por medios análogos con el resultado de que la información comunicada es accesible y utilizable para subsiguiente referencia. La comunicación incluye la generación, el almacenamiento, el envío y la recepción.

o)~~1.9~~ Por "documento electrónico"[20] se entenderá la información consignada en uno o más mensajes enviados por comunicación electrónica con arreglo a un contrato de transporte por un porteador o una parte ejecutante que:

i)~~(a)~~ prueba que ~~un~~ el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte, o

ii)~~(b)~~ sea prueba de un contrato de transporte o lo contenga,

o una y otra cosa.

Este concepto incluye también las informaciones adjuntas o vinculadas de otra manera al documento electrónico en el momento en que lo emite el porteador o una parte ejecutante, o con posterioridad a dicho momento.

p)~~1.13~~ Por "documento electrónico negociable"[21] se entenderá todo documento electrónico

i) que dé a conocer, mediante indicaciones como "a la orden" o "negociable", o mediante cualquier otra indicación apropiada a la que se atribuya el mismo efecto con arreglo al derecho por el que se rija el documento, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador o a la orden del consignatario, y que dicho documento no ha sido explícitamente declarado documento "no negociable", y

ii) que esté sujeto a normas reglamentarias como las que se mencionan en el artículo 6 ~~2.4~~, que incluyen disposiciones adecuadas en relación con la transferencia de ese documento a otro tenedor y la manera en que el tenedor de dicho documento puede demostrar que es efectivamente el tenedor.

q)~~1.15~~ Por "documento electrónico no negociable"[22] se entenderá un documento electrónico que no se pueda considerar como documento electrónico negociable.

---

[18] Tal como se señalaba en el párrafo 94 del documento A/CN.9/510, si bien se propugnó la supresión de esta definición por considerarse innecesaria, el Grupo de Trabajo convino en mantenerla en el texto para seguir analizándola.

[19] Como se observaba en el párrafo 88 del documento A/CN.9/510, se habían expresado diversas preocupaciones con respecto a esta disposición y a la definición de "documento electrónico". Conviene señalar que el Grupo de Trabajo ha aplazado el examen de los aspectos de comercio electrónico del proyecto de instrumento.

[20] Véanse las notas 16 y 19 *supra*.

[21] Según se observaba en el párrafo 92 del documento A/CN.9/510, el Grupo de Trabajo aceptó las definiciones de "documento electrónico negociable" y "documento electrónico no negociable" como sólido punto de partida para ulteriores deliberaciones.

r)~~1.6~~ Por "datos del contrato"[23] se entenderá la información referente al contrato de transporte o a las mercancías (con inclusión de términos, notaciones, firmas y endosos) que figura en un título de transporte o en un documento electrónico.

s)~~1.4~~ Por "contenedor" se entenderá[24] todo tipo de contenedor, plataforma o tanque transportable, otro medio de transporte de naturaleza apropiada o cualquier medio unitario de carga análogo utilizado para agrupar mercancías, [que sea apto para el transporte marítimo] [que esté concebido para el transporte marítimo], así como el equipo conexo que dicho medio de carga requiera[25].

t)~~1.10~~ Por "flete"[26] se entenderá la remuneración que se abona ~~a un~~ al porteador por el transporte de mercancías con arreglo a un contrato de transporte.

Artículo 2.~~3~~. Ámbito de aplicación

1. ~~3.1~~ Variante A del párrafo 1[27]

A reserva de lo dispuesto[28] en el ~~artículo~~ párrafo 3 ~~3.3.1~~, ~~las disposiciones del~~ el presente instrumento se aplicará a todos los contratos de transporte que prevean un lugar de recepción y un lugar de entrega situados en diferentes Estados si

---

[22] Corrección del texto original que sigue al párrafo 13 del documento A/CN.9/WG.III/WP.21. Véase también la nota 21 *supra*.

[23] En el párrafo 86 del documento A/CN.9/510 se observaba que el Grupo de Trabajo convino en que, al enmendar la definición, se tuvieran en cuenta los siguientes problemas: que la definición podría contener contradicciones al cotejarse con el párrafo 1.20 (ahora párrafo k)), y que en el texto debería indicarse con mayor claridad lo que se entendía por las palabras "referente al contrato de transporte" (véase la nota 16 *supra*). Sin embargo, no está claro si existe una contradicción entre la definición de "datos del contrato" en el párrafo 1.6 (ahora párrafo r)) y la de "título de transporte" en el párrafo 1.20 (ahora párrafo k)). Además, las palabras "referente al contrato de transporte" parecían claras.

[24] En el párrafo 82 del documento A/CN.9/510 se observaba que se había pedido a la Secretaría que preparara una definición revisada de "contenedor", con posibles variantes que reflejaran las opiniones y preocupaciones expresadas. La primera de las preocupaciones expresadas en el párrafo 81 del documento A/CN.9/510 era que, en la versión inglesa, la palabra "includes" no limitaba la definición; en segundo lugar, en el párrafo 82 se decía que la definición debería limitarse a los contenedores concebidos para el transporte marítimo. Con las palabras que se sugiere añadir al texto se intenta reflejar esas opiniones.

[25] A fin de evitar la redundancia con la repetición de la palabra "contenedor", tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la siguiente variante: "por "contenedor ..." se entenderá cualquier medio unitario de carga utilizado para agrupar mercancías que [sea apto para el transporte marítimo][esté concebido para el transporte marítimo], así como el equipo conexo de dicho medio unitario de carga, [como por ejemplo] las plataformas o tanques transportables u otros medios unitarios de carga similares".

[26] En el párrafo 89 del documento A/CN.9/510 se expresaba preocupación por el hecho de que la definición de flete era incompleta al no mencionar la persona que debía pagar el flete. No obstante, se convino en que la función de la definición era meramente la de describir lo que era el flete y que las cuestiones conexas podían regularse en otra parte.

[27] La variante A del párrafo 1 se basa en el texto original del proyecto de instrumento.

[28] El Grupo de Trabajo tal vez desee revisar todos los artículos y párrafos del proyecto de instrumento que empiezan con las palabras "a reserva de lo dispuesto en el artículo/párrafo ...", o con las palabras "no obstante lo dispuesto en el artículo/párrafo ..." y expresiones similares, a fin de determinar en cada caso si estas palabras son necesarias o si pueden suprimirse. En aras

a) el lugar de recepción ~~[o puerto de carga]~~[29] especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante, o

b) el lugar de entrega ~~[o puerto de descarga]~~ especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante, o

c) [el lugar en que realmente se hace la entrega es uno de los lugares facultativos de entrega especificados en el contrato de transporte o en los datos del contrato y está situado en un Estado Contratante, o]

d) [el contrato de transporte se celebra en un Estado Contratante o los datos del contrato indican que el título de transporte o el documento electrónico ha sido emitido en un Estado Contratante, o][30]

e) el contrato de transporte dispone que ~~las disposiciones del~~ el presente instrumento, o la legislación de cualquier Estado que le dé efecto, prevalece sobre el contenido del contrato.

Variante B del párrafo 1[31]

A reserva de lo dispuesto en el ~~artículo~~ párrafo 3 ~~3.3.1~~, ~~las disposiciones del~~ el presente instrumento se aplicará a todos los contratos de transporte de mercancías por mar[32] que prevean un lugar de recepción y un lugar de entrega situados en diferentes Estados si

---

de la coherencia, se sugiere que esta revisión se haga examinando todo el instrumento con esta única finalidad.

[29] En el párrafo 244 del documento A/CN.9/526 se observó que el Grupo de Trabajo había convenido provisionalmente en que el proyecto de instrumento fuera aplicable a todo tipo de transporte multimodal en el que figurara un tramo marítimo y que no se necesitaría ningún otro criterio de distinción basado en la importancia relativa de los diversos medios de transporte utilizados para los fines de la operación global. Se convino también en que tal vez convendría reformular el texto del proyecto de artículo 3 (ahora artículo 2) a fin de que reflejara mejor la idea de que la internacionalidad del transporte había de evaluarse en función del contrato de transporte. Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de este artículo, con posibles variantes, para proseguir las deliberaciones al respecto en un ulterior período de sesiones. No obstante, en vista de la definición de "contrato de transporte" enunciada en el párrafo 1.5 (ahora artículo 1 a)), no parecía necesario modificar el texto de los apartados 3.1 a) y b) (ahora apartados 2 1) a) y b)), pero podían suprimirse los corchetes.

[30] Tal como se señalaba en el párrafo 34 del documento A/CN.9/510, en el Grupo de Trabajo predominó la opinión de que en la práctica moderna de los transportes, el lugar donde se concertaba el contrato carecía en general de importancia para el cumplimiento del contrato de transporte y, de recurrirse al comercio electrónico, ese lugar sería imposible o muy difícil de determinar.

[31] En los párrafos 245 a 249 del documento A/CN.9/526 se examinaba la relación del proyecto de instrumento con otros convenios en materia de transportes y con la legislación interna. En el párrafo 250 del mencionado documento, se pidió a la Secretaría, entre otras cosas, que preparara una disposición que planteara como opción la propuesta de Suecia de aclarar el párrafo 3.1 (ahora párrafo 1) del proyecto de instrumento (véase A/CN.9/WG.III/WP.26). Este nuevo texto se refleja en la variante B.

[32] Si el Grupo de Trabajo adopta la variante B, las palabras "de mercancías por mar" pueden requerir que se enmiende la definición de "contrato de transporte" en el párrafo 1.5 (ahora artículo 1 a)).

a) el lugar de recepción [o puerto de carga] especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante, o

b) el lugar de entrega [o puerto de descarga] especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante, o

c) [el lugar en que realmente se hace la entrega es uno de los lugares facultativos de entrega especificados en el contrato de transporte o en los datos del contrato y está situado en un Estado Contratante, o]

d) [el contrato de transporte se celebra en un Estado Contratante o los datos del contrato indican que el título de transporte o el documento electrónico ha sido emitido en un Estado Contratante, o][33]

e) el contrato de transporte dispone que ~~las disposiciones del~~ el presente instrumento, o la legislación de cualquier Estado que le dé efecto, prevalece sobre el contenido del contrato.

1 bis. El presente instrumento se aplicará también al transporte por aguas interiores que tenga lugar antes o después del tramo marítimo, así como al transporte por carretera o por ferrocarril desde el lugar de recepción hasta el puerto de carga y desde el puerto de descarga hasta el lugar de entrega, siempre y cuando las mercancías se hayan descargado, durante el tramo marítimo, del medio de transporte mediante el cual fueron trasladadas por vía terrestre.[34]

Variante C del párrafo 1[35]

A reserva de lo dispuesto en el ~~artículo~~ párrafo 3 ~~3.3.1~~, ~~las disposiciones del~~ el presente instrumento se aplicará a todos los contratos de transporte que prevean ~~un lugar de recepción y un lugar de entrega~~ un puerto de carga y un puerto de descarga situados en diferentes Estados si

a) el ~~lugar de recepción~~ puerto de carga especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante, o

b) el ~~lugar de entrega~~ puerto de descarga especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante, o]

---

[33] Véase la nota 30 *supra*.

[34] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la relación de este párrafo 1 *bis* con el artículo 83.

[35] En el párrafo 243 del documento A/CN.9/526 se sugirió que el régimen del instrumento fuera únicamente aplicable a las operaciones de transporte en las que el tramo marítimo fuera transfronterizo. En virtud de esa sugerencia, carecía de importancia si los tramos terrestres de la operación global de transporte eran o no transfronterizos. El Grupo de Trabajo tomó nota de esta sugerencia y pidió a la Secretaría que la plasmara, como posible variante, en un proyecto revisado que se debatiría en un futuro período de sesiones. Se ha preparado, en consecuencia, la variante C. No obstante, tal como se señalaba en el párrafo 243 del documento A/CN.9/526, prevaleció la opinión de que, de conformidad con el proyecto de artículo 3 (ahora artículo 2), la internacionalidad de la operación de transporte no había de determinarse en función de ninguno de los tramos unimodales de la operación sino en función de la operación de transporte en su totalidad, tomando como criterio el hecho de que el lugar de recepción por el porteador de las mercancías y el lugar de entrega de las mismas estén situados en el territorio de distintos Estados.

c) [el lugar en que realmente se hace la entrega es uno de los lugares facultativos de entrega especificados en el contrato de transporte o en los datos de transporte y está situado en un Estado Contratante, o]

d) [el contrato de transporte se celebra en un Estado Contratante o los datos del contrato indican que el título de transporte o el documento electrónico ha sido emitido en un Estado Contratante, o][36]

e) el contrato de transporte dispone que ~~las disposiciones del~~ el presente instrumento, o la legislación de cualquier Estado que le dé efecto, prevalece sobre el contenido del contrato.[37]

2. ~~3.2~~ ~~Las disposiciones del~~ El presente instrumento se aplicará independientemente de la nacionalidad del buque, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del consignatario, o de cualquier otra parte interesada.[38]

3. ~~3.3.1~~ ~~Las disposiciones del~~ El presente instrumento no se aplicará a los contratos de fletamento [contratos de flete, contratos de volumen, o acuerdos análogos].

4. ~~3.3.2~~ No obstante lo dispuesto en el ~~artículo~~ párrafo 3 ~~3.3.1~~, si un título de transporte negociable o un documento electrónico negociable se emite de conformidad con un contrato de fletamento [contrato de flete, contrato de volumen, o acuerdo análogo], las disposiciones del presente instrumento se aplicarán al contrato probado por dicho título o dicho documento electrónico o al contrato consignado en ellos, a partir del momento y en la medida en que el título o el documento electrónico rijan las relaciones entre el porteador y un tenedor que no sea el fletador.

5. ~~3.4~~ Si un contrato prevé el transporte futuro de mercancías en una serie sucesiva de remesas, ~~las disposiciones del~~ el presente instrumento se aplicará ~~aplicarán~~ a cada una de esas remesas en la medida en que así se especifique en los ~~artículos~~ párrafos 1, 2, 3 y 4 ~~3. 1, 3.2, y 3.3~~.

---

[36] Véase la nota 30 *supra*.

[37] El Grupo de Trabajo tal vez desee también estudiar un eventual párrafo 1 *bis* de la variante C del siguiente tenor: "1 *bis*. Cuando en virtud del contrato de transporte las mercancías sólo sean objeto de un transporte parcialmente marítimo, el presente instrumento se aplicará, no obstante, sólo si a) el lugar de recepción y el puerto de carga se hallan en el mismo Estado, y b) el puerto de descarga y el lugar de entrega se hallan en el mismo Estado". Esta sugerencia puede entrar en conflicto con el apartado 4.2.1 (ahora artículo 8). Además, tal como se indicaba en la nota 35 *supra*, en el Grupo de Trabajo prevaleció la opinión de que la internacionalidad de la operación de transporte no había de determinarse en función de ninguno de los tramos unimodales de la operación sino en función de la operación de transporte en su totalidad, tomando como criterio el hecho de que el lugar de recepción por el porteador de las mercancías y el lugar de entrega de las mismas estén situados en el territorio de distintos Estados.

[38] Se ha sugerido que en aras de la uniformidad y para evitar dudas sería conveniente hacer también referencia al derecho aplicable (véase el párrafo 37 del documento A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1).

CAPÍTULO 2. COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA[39]

Artículo 3

~~2.1~~ Todo lo que figure o esté consignado en un título de transporte emitido en virtud del presente instrumento se podrá archivar o comunicar mediante la utilización de comunicaciones electrónicas en vez de por medio del título de transporte, siempre que la emisión y subsiguiente utilización de un documento electrónico se haga con el consentimiento explícito o implícito del porteador y del cargador.

Artículo 4

1. ~~2.2.1~~ Si se ha emitido un título de transporte negociable y el porteador y el tenedor acuerdan sustituirlo por un documento electrónico negociable:

a) el tenedor deberá devolver al porteador el título de transporte negociable, o todos esos documentos si se ha expedido más de uno; y

b) el porteador emitirá al tenedor un documento electrónico negociable que incluya una declaración en el sentido de que se ha emitido para sustituir el título de transporte negociable, con lo cual el título de transporte negociable dejará de tener todo efecto o toda validez.

2. ~~2.2.2~~ Si se ha emitido un documento electrónico negociable y el porteador y el tenedor convienen en reemplazarlo por un título de transporte negociable:

a) el porteador emitirá al tenedor, para sustituir dicho documento electrónico, un título de transporte negociable que incluya una declaración en el sentido de que se emite para sustituir el documento electrónico; y

b) una vez efectuada la sustitución, el documento electrónico dejará de tener todo efecto o toda validez.

Artículo 5

~~2.3~~ Las notificaciones y la confirmación que se mencionan en los artículos 20 1), ~~6.9.1,~~ 20 2), ~~6.9.2,~~ 20 3) ~~6.9.3,~~ 34 1) b) y c) ~~8.2.1 b) y c),~~ 47, ~~10.2~~, 51, ~~10.4.2~~, la declaración que se formula en el artículo 68 ~~14.3~~ y el acuerdo en materia de peso que se menciona en el artículo 37 1) c) ~~8.3.1 c)~~ podrán hacerse por medio de comunicaciones electrónicas, siempre y cuando dichos medios se utilicen con el consentimiento explícito o implícito de la parte que efectúa la comunicación y de la parte a la que se dirige la comunicación. De lo contrario, deberán hacerse por escrito.

---

[39] El Grupo de Trabajo ha aplazado el examen de este capítulo hasta una etapa ulterior del estudio del proyecto de instrumento. Este capítulo se ha mantenido en su posición original. No obstante, el Grupo de Trabajo tal vez desee insertarlo en la parte que considere óptima del proyecto de instrumento una vez que haya examinado sus disposiciones. A raíz de esas deliberaciones es posible que este capítulo sea objeto de modificaciones.

Artículo 6

~~2.4~~ La utilización de un documento electrónico negociable, según se menciona en el artículo 1 p)[40] ~~2.2.1~~, estará sujeta a las reglas convenidas entre el porteador y el cargador o el tenedor. En los datos del contrato deberá hacerse referencia a dichas reglas, que deberán incluir disposiciones adecuadas referentes a:

a) la transferencia de dicho documento a otro tenedor,

b) la forma en que el tenedor de dicho documento podrá demostrar su calidad de tenedor, y

c) la forma en que se confirmará que:

i) se ha efectuado la entrega al consignatario; o

ii) de conformidad con los artículos 4 2) ~~2.2.2~~ ó 49 a) ii) ~~10.3.2 i) b)~~, el documento electrónico negociable ha dejado de tener todo efecto o toda validez.

CAPÍTULO 3. 4. PERÍODO DE RESPONSABILIDAD

Artículo 7[41]

1. ~~4.1.1~~ A reserva de lo dispuesto en el artículo 9.~~4.3~~, el porteador será responsable de las mercancías, en el marco del presente instrumento, desde el momento en que el porteador o una parte ejecutante haya recibido las mercancías para su transporte hasta el momento en que las mercancías se entreguen al consignatario.

2. ~~4.1.2~~ El momento y el lugar de la recepción de las mercancías serán el momento y el lugar convenidos en el contrato de transporte o, de no regular dicho contrato expresamente la recepción de las mercancías, el momento y el lugar que corresponda según las costumbres, prácticas, o usanzas del ramo. En ausencia de tales estipulaciones en el contrato de transporte o de dichas costumbres, prácticas o usanzas, se considerará que la recepción de las mercancías se produce en el momento y el lugar en que el porteador o una parte ejecutante se hace cargo efectivamente de las mercancías.

3. ~~4.1.3~~ El momento y el lugar de entrega de las mercancías serán el momento y lugar convenidos en el contrato de transporte o, de no regular dicho contrato expresamente la entrega de las mercancías, el momento y el lugar que corresponda según las costumbres, prácticas o usanzas del ramo. En ausencia de tales estipulaciones en el contrato de transporte o de dichas costumbres, prácticas o usanzas, se considerará que la entrega se produce en el momento y el lugar en que se descargan las mercancías del último buque o vehículo en que se hayan transportado con arreglo al contrato de transporte.

---

[40] Esto es una corrección de la versión original del proyecto de instrumento enunciada en el documento A/CN.9/WG.III/WP.21, que debería haber hecho referencia a la definición de "documento electrónico negociable" en el artículo 1 p).

[41] El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota del párrafo 40 del documento A/CN.9/510, en el que se exponen los argumentos en contra y a favor del criterio seguido en el artículo 7.

4. ~~4.1.4~~ Si se exige del porteador que entregue las mercancías en el lugar de entrega a una autoridad o a un tercero al que, con arreglo a la legislación o a un reglamento aplicable en el lugar de entrega, las mercancías hayan de entregarse y del cual el consignatario pueda recibirlas, ese tipo de entrega será considerado como una entrega de las mercancías por el porteador al consignatario con arreglo a lo dispuesto en el ~~artículo~~ párrafo 3 ~~4.1.3~~.

[Artículo 8. ~~4.2.1~~ Transporte que preceda al transporte por mar o sea subsiguiente a él[42]

1. Cuando surja una reclamación o una controversia por pérdida o daño de las mercancías o por retraso que se haya producido únicamente durante uno de los períodos que se enuncian a continuación:

a) desde el momento de la recepción de las mercancías por el porteador o una parte ejecutante hasta el momento en que se cargan en el buque;

b) desde el momento en que se descargan del buque hasta el momento en que se entregan al consignatario;

y si cuando se produzcan dicha pérdida, dichos daños o dicho retraso, existen disposiciones de un convenio internacional [o de derecho interno] que

i) según sus propios términos, se apliquen a la totalidad o a una parte de las actividades del porteador con arreglo al contrato de transporte durante dicho período, [independientemente de que sea necesario o no emitir un determinado documento a fin de que dicho convenio internacional pueda ser aplicable], y

ii) enuncien disposiciones concretas sobre la responsabilidad o la limitación de la responsabilidad del porteador o el plazo para incoar una demanda, y

iii) de las que un contrato privado no se pueda apartar por completo ni en detrimento del cargador,

---

[42] En el párrafo 250 del documento A/CN.9/526 se señalaba que el Grupo de Trabajo había convenido en retener provisionalmente el texto del apartado 4.2.1 (ahora artículo 8) como posible medio para resolver todo conflicto eventual entre el proyecto de instrumento y el régimen de otros convenios ya en vigor. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición que resolviera todo conflicto eventual entre el régimen de los diversos convenios de transporte para su inserción eventual en el artículo 16 (ahora capítulo 18) del proyecto de instrumento y que estudiara una frase que planteara como opción la propuesta de Suecia de aclarar el párrafo 3.1 (ahora artículo 2 1)). El intercambio de pareceres sobre la relación entre el régimen del instrumento y el derecho interno por lo demás aplicable al transporte terrestre no había permitido que se llegara a una conclusión, por lo que se decidió volver a examinar esta cuestión a la luz de toda propuesta futura. Sin embargo, dado el grado de apoyo que había obtenido la inquietud expresada respecto del derecho interno, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que insertara en el texto del apartado 4.2.1 (ahora artículo 8) una referencia entre corchetes al derecho interno, con miras a volver a examinar esta cuestión. Además, en el texto del proyecto de instrumento se habían puesto entre corchetes el texto de la propuesta de Suecia relativa al artículo 3 (ahora artículo 2) y una disposición sobre conflicto de leyes del artículo 16 (ahora capítulo 18).
El Grupo de Trabajo tal vez desee también estudiar si este artículo figura en el lugar adecuado del proyecto de instrumento o si debe trasladarse a otro capítulo como, tal vez, el capítulo 5 relativo a la responsabilidad del porteador.

dichas disposiciones, en la medida en que sean imperativas según se indica en el inciso iii) *supra*, prevalecerán sobre las disposiciones del presente instrumento.]

[2. Las disposiciones del artículo 8 ~~apartado 4.2.1~~ no afectarán a la aplicación del artículo 18 2) ~~6.7.1 bis~~.][43]

[3. ~~4.2.2~~ El artículo 8 ~~4.2.1~~ se aplicará independientemente de la legislación nacional por lo demás aplicable al contrato de transporte.]

Artículo 9. ~~4.3~~ Contratos combinados de transporte y tránsito[44]

1. ~~4.3.1~~ Las partes podrán acordar expresamente en el contrato de transporte que, respecto de uno o más tramos especificados del transporte de las mercancías, el porteador, actuando en calidad de agente, encomiende el transporte a otro u otros porteadores.

2. ~~4.3.2~~ En tal caso, el porteador obrará con la debida diligencia al seleccionar al otro porteador, y deberá celebrar un contrato con ese otro porteador en las condiciones habituales y normales, haciendo todo lo que sea razonablemente necesario para que el otro porteador pueda desempeñar debidamente su función con arreglo a su contrato.

CAPÍTULO 4. ~~5.~~ OBLIGACIONES DEL PORTEADOR

Artículo 10

~~5.1~~ A reserva ~~de las disposiciones~~ del presente instrumento y de conformidad con las cláusulas del contrato de transporte, el porteador transportará [cuidadosamente y como es debido] las mercancías hasta el lugar de destino y se las entregará al consignatario.[45]

---

[43] En el análisis del régimen aplicable a los daños no localizados que figura en los párrafos 264 a 266 del documento A/CN.9/526, se señaló en el párrafo 266 que tal vez el proyecto de instrumento debiera recoger más claramente los regímenes jurídicos que se aplicarían a los daños localizados, en virtud del apartado 4.2.1 (ahora artículo 8), y a los no localizados, en virtud del apartado 6.7.1 (ahora artículo 18 1)). Se invitó a la Secretaría a que, al preparar un proyecto revisado del instrumento, se planteara la necesidad de mejorar la compatibilidad entre esas dos disposiciones. Con el nuevo párrafo 2 arriba indicado podría mejorarse esta compatibilidad entre el apartado 4.2.1 y la nueva disposición del apartado 6.7.1 *bis* (ahora artículo 18 2)), que en el párrafo 264 se propone insertar después del apartado 6.7.1 (ahora artículo 18 1)) y cuyo texto dice lo siguiente: "No obstante lo dispuesto en el apartado 6.7.1 (ahora artículo 18 1)), si el porteador no puede probar que las mercancías se perdieron o dañaron durante el transporte marítimo o durante el transporte que lo precedió o siguió, se aplicarán los límites de responsabilidad más altos de las disposiciones imperativas internacionales y nacionales por las que se rijan las diferentes partes del transporte".

[44] El Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si el capítulo 3 sobre el período de responsabilidad es el lugar más adecuado para el artículo 9.

[45] En el párrafo 116 del documento A/CN.9/510 se señalaba que el Grupo de Trabajo convino en retener provisionalmente la formulación actual del párrafo 5.1 (ahora artículo 10). Según la opinión general, convendría volver a examinar ulteriormente los problemas y las sugerencias de redacción que se mencionaban en los párrafos 113 a 116 del documento A/CN.9/510.

Artículo 11

1. ~~5.2.1~~ El porteador, durante el período de su responsabilidad según se define en el artículo 7 ~~4.1~~, y a reserva del artículo 8 ~~4.2~~, cargará, manipulará, estibará, transportará y custodiará las mercancías, velará por ellas y las descargará cuidadosamente y como es debido.[46]

[2. ~~5.2.2~~ Las partes podrán convenir en que algunas de las funciones mencionadas en el ~~artículo~~ párrafo 1 ~~5.2.1~~ sean efectuadas por el cargador, la parte controladora o el consignatario o en nombre de uno de ellos. Este acuerdo deberá mencionarse entre los datos del contrato.][47]

Artículo 12

~~5.3~~ Variante A[48]

No obstante ~~las disposiciones de~~ los artículos 10 ~~5.1,~~ 11 ~~5.2~~, y 13 1) ~~5.4~~, el porteador podrá negarse a descargar, o podrá descargar, destruir o hacer inofensivas las mercancías o adoptar cualquier otra medida que sea razonable si las mercancías son un peligro, o si cabe considerar razonablemente que durante el período de responsabilidad pueden convertirse en un peligro, para las personas o los bienes o pueden plantear un peligro inaceptable para el medio ambiente con consecuencias penales.[49]

---

[46] Conforme a lo tratado en el párrafo 117 y a lo señalado en el párrafo 119 del documento A/CN.9/510, el Grupo de Trabajo, pese a que hubo cierto apoyo para que se omitiera el apartado 5.2.1 (ahora artículo 11 1)), convino en retener provisionalmente el proyecto de artículo, dada la amplia experiencia existente con otras disposiciones análogas que figuraban en otros convenios, como era el caso del artículo 3 2) de las Reglas de La Haya. Se convino asimismo en someter a un nuevo estudio el proyecto de artículo a fin de evaluar la coherencia interna y la influencia recíproca entre el apartado 5.2.1 (ahora artículo 11 1)) y el proyecto de artículo 6 (ahora capítulo 5), así como el efecto de las diversas definiciones que cabía dar del período durante el cual subsistiría la obligación descrita en el apartado 5.2.1 (ahora artículo 11 1)). El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que los términos empleados en el apartado 5.2.1 (ahora artículo 11 1)) no eran intrínsecamente de carácter marítimo y que, de ser suprimidos, la disposición enunciaría únicamente una regla general de diligencia.

[47] En el párrafo 127 del documento A/CN.9/510 se señaló que se había decidido colocar esta disposición entre corchetes para dar a entender que el Grupo de Trabajo debía reexaminar el concepto de las cláusulas f.i.o. (franco de carga y descarga) y f.i.o.s. (franco de carga (estibada) y descarga), incluida su relación con las disposiciones relativas a la responsabilidad del porteador. El Grupo de Trabajo tal vez desee revisar esta disposición sobre la base de las modificaciones que se introduzcan en el artículo 10 y en el artículo 11 1).
Se sugirió que, a fin de ayudar al Grupo de Trabajo en sus deliberaciones en un futuro período de sesiones, se preparara información escrita sobre la práctica de las cláusulas f.i.o.(s.).

[48] La variante A del artículo 12 se basa en el texto original del proyecto de instrumento.

[49] En el párrafo 130 del documento A/CN.9/510 se señalaba que el Grupo de Trabajo había convenido en general en que era preciso mejorar el texto del párrafo 5.3 (ahora artículo 12). Como alternativa al texto actual de la disposición enunciado en la variante A, se pidió a la Secretaría que preparara una variante, presentada como variante B, que se basara en los principios enunciados en el artículo 13 de las Reglas de Hamburgo referentes a las facultades del porteador en caso de emergencia derivada del transporte de mercancías peligrosas. También se convino en la necesidad de examinar con más detenimiento, en el contexto del párrafo 7.5

Variante B

No obstante los artículos 10 ~~5.1~~, 11 ~~5.2~~, y 13 1) ~~5.4~~, el porteador podrá descargar, destruir o hacer inofensivas las mercancías peligrosas si se convierten en un peligro real para la vida de las personas o para los bienes.

Artículo 13. Obligaciones suplementarias aplicables a los tramos marítimos[50]

1. ~~5.4~~ El porteador ~~tiene que~~ deberá[51] actuar con la debida diligencia antes del viaje por mar, al principio del viaje por mar [y durante el mismo][52] a fin de:

a) velar por la navegabilidad del buque [y mantenerla];

b) dotar debidamente al buque de tripulación, equipo y pertrechos;

c) hacer que las cubiertas y todos los demás lugares del buque en el que se transporten las mercancías, incluidos los contenedores cuando[53] los suministre el porteador, en los cuales o sobre los cuales se transporten las mercancías, sean apropiados y seguros para su recepción, transporte y conservación.[54]

[2.~~5.5~~ No obstante ~~lo dispuesto en~~ los artículos 10 ~~5.1~~, 11 ~~5.2,~~ y 13 1) ~~5.4~~, el porteador ~~en caso de transporte por mar [o por vías de navegación interior]~~[55] podrá sacrificar mercancías cuando el sacrificio se haga razonablemente para proteger la

(ahora artículo 29), la cuestión de la indemnización a que pudiera tener derecho el porteador o el cargador en dichas circunstancias.

[50] En vista del amplio apoyo que se expresó en el Grupo de Trabajo para que el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento fuera de puerta a puerta, y no de puerto a puerto (véase el párrafo 239 del documento A/CN.9/526), se consideró que sería útil para la reestructuración del proyecto de instrumento separar las disposiciones del proyecto de instrumento que sean únicamente aplicables a los tramos marítimos. En consecuencia, se han reorganizado de este modo los artículos 5 y 6 (ahora capítulos 4 y 5, y un nuevo capítulo 6, titulado "Disposiciones suplementarias relativas al transporte por mar [o por otras aguas navegables]") del proyecto de instrumento.

[51] Este es uno de los varios casos en que se han insertado palabras de carácter imperativo en el proyecto de instrumento en aras de la coherencia a lo largo de todo el texto.

[52] Tal como se observaba en el párrafo 131 del documento A/CN.9/510, el Grupo de Trabajo confirmó su apoyo general a que se impusiera al porteador la obligación de obrar con la debida diligencia durante todo el viaje, manteniendo en su texto las palabras actualmente entre corchetes "y durante el mismo" y "y mantenerla". No obstante, se reiteró la preocupación de que al extenderse esta obligación de debida diligencia a la totalidad del viaje se estuviera imponiendo una mayor carga a los porteadores que, ante el aumento de sus costos, incrementarían el importe de los fletes.

[53] El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de sustituir, en la versión inglesa, la palabra "where" por la palabra "when", pues carece de importancia el lugar en que se suministren los contenedores.

[54] En el párrafo 136 del documento A/CN.9/510, se observaba que el Grupo de Trabajo había convenido en que el texto actual del párrafo 5.4 (ahora párrafo 1)) constituía una base viable para proseguir las deliberaciones. El Grupo de Trabajo tomó nota de las diversas sugerencias formuladas respecto del proyecto de disposición. En general se convino en la necesidad de reexaminar el proyecto de disposición teniendo en cuenta las disposiciones similares o comparables de otros convenios de transporte unimodal.

[55] Estas palabras serían redundantes si este párrafo se insertara bajo el título "Obligaciones suplementarias aplicables a los tramos marítimos", como se sugiere en el texto.

seguridad común o a efectos de preservar otros bienes relacionados con la tarea común.][56]

CAPÍTULO 5. ~~6.~~ RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR

Artículo 14. ~~6.1~~ Base de la responsabilidad[57]

Variante A de los párrafos 1 y 2[58]

1. ~~6.1.1~~ El porteador ~~es~~ será responsable de la pérdida derivada de la pérdida de las mercancías o del daño sufrido por ellas, así como del retraso en su entrega, si el hecho que causó la pérdida, el daño o el retraso se produjo durante el período de responsabilidad del porteador según se define en el capítulo 3 ~~artículo 4~~, a menos que pruebe que lo que ha causado la pérdida, el daño o el retraso, o ha contribuido a tales hechos, no es culpa suya ni de ninguna otra persona mencionada en el artículo 15(3) ~~6.3.2 a)~~.[59]

---

[56] En el párrafo 143 del documento A/CN.9/510 se señalaba que el Grupo de Trabajo estaba dividido entre los partidarios de la eliminación del párrafo y los que preferían mantenerlo en el texto para examinar su contenido con mayor detenimiento. El Grupo de Trabajo decidió colocar el proyecto de artículo entre corchetes.

[57] Una vez que el Grupo de Trabajo haya decidido qué variante prefiere para los párrafos 1 y 2, puede ser aconsejable separar los párrafos 1, 2 y 3 convirtiendo cada uno de ellos en un artículo.

[58] La variante A de los párrafos 1 y 2 se basa en el texto original del proyecto de instrumento.

[59] a) En el párrafo 34 del documento A/CN.9/525 se observaba que se había apoyado firmemente el contenido del párrafo 6.1 (ahora artículo 14) y que el Grupo de Trabajo había pedido a la Secretaría que preparara un proyecto revisado teniendo debidamente en cuenta las opiniones expresadas y las sugerencias formuladas. Las variantes B y C de los apartados 6.1.1 y 6.1.3 (ahora párrafos 1 y 2) se presentan como posibles soluciones ante las opiniones y sugerencias formuladas, tal como se señala en el resto de la presente nota y en las notas 61 a 66 *infra*.

b) En el párrafo 31 del documento A/CN.9/525 se observaba que el apartado 6.1.1 (ahora artículo 14 1)) seguía un criterio mucho más parecido al del artículo 4.2 q) de las Reglas de La Haya-Visby que al del artículo 5.1 de las Reglas de Hamburgo, en virtud del cual el porteador debía demostrar que tanto él como sus empleados o representantes habían tomado todas las medidas razonablemente requeridas para evitar que se produjera el hecho y sus consecuencias. No obstante, se criticó el hecho de que la referencia al "período de responsabilidad del porteador según se define en el artículo 4 (ahora capítulo 3)" pudiera permitir al porteador limitar considerablemente su responsabilidad, dado que, conforme se señalaba en el párrafo 40 del documento A/CN.9/510, se habían expresado algunas reservas sobre los criterios seguidos en el artículo 7, en virtud del cual el momento exacto de la recepción y de la entrega de las mercancías dependía de los arreglos contractuales concertados entre las partes o debía decidirse conforme a los usos y costumbres.

c) Como se observaba también en el párrafo 31 del documento A/CN.9/525, se había preguntado por qué se había considerado necesario apartarse de las disposiciones de las Reglas de Hamburgo. Se indicó que la razón que justificaba la diferencia entre el texto del proyecto y el de las Reglas de La Haya y de las Reglas de Hamburgo era la necesidad de mejorar esos textos y de prever una mayor certeza (por ejemplo, respecto del hecho de que la responsabilidad del porteador se basaba en una presunta falta, lo cual había requerido una aclaración cuyo resultado era el texto de entendimiento común que se había formulado en las Reglas de Hamburgo). En sentido contrario, se opinó que la combinación de los textos de las Reglas de La Haya y de las Reglas de Hamburgo podía aumentar la incertidumbre al no estar claro cómo se interpretaría la disposición. Ante las discrepancias y el hecho de que ninguna de las opiniones parecía prevalecer, no parece posible plasmarlas en el texto.

[6.1.2[60]]

2. ~~6.1.3~~[61] No obstante ~~lo dispuesto en el artículo~~ el párrafo 1 ~~6.1.1~~, si el porteador demuestra que ha cumplido con las obligaciones previstas en el capítulo 4 ~~artículo 5~~[62] y que la pérdida o el daño de las mercancías o el retraso en la entrega se han debido [sólo][63] a uno de los sucesos que se citan a continuación [se presumirá, a falta de que se pruebe lo contrario, que ni su culpa ni la de una parte ejecutante ha originado [ni ha contribuido a originar][64] esa pérdida, ese daño o ese retraso][65]. [el

d) En el párrafo 31 del documento A/CN.9/525 se sugirió que se simplificara la base de la responsabilidad suprimiendo la norma de la debida diligencia y reemplazándola por la responsabilidad derivada de la utilización del buque en sí. Esta sugerencia supondría un criterio de responsabilidad muy estricto, si no objetivo. Dado que en ese mismo párrafo se había apoyado la responsabilidad del porteador basada en la culpa, podría ocurrir que la modificación sugerida fuera en contra de la opinión mayoritaria.

e) En el párrafo 32 del documento A/CN.9/525 se indicaba que si bien en instrumentos relativos a otros modos de transporte (como el COTIF) se había previsto un nivel superior de responsabilidad, este nivel superior no sería aceptable en el contexto del transporte marítimo. A este respecto se apoyaron los elementos complementarios del párrafo 6.1 (ahora artículo 14), como el proyecto de artículo 5 (ahora capítulo 4), en que se enunciaban las obligaciones positivas del porteador. Esta sugerencia parecía contar con el apoyo del Grupo de Trabajo, por lo que debería tomarse en consideración.

f) El texto original presentado en la variante A no establece una relación clara entre el artículo 5 (ahora capítulo 4) y el artículo 6 (ahora capítulo 5) del proyecto de instrumento, es decir, entre el incumplimiento de las obligaciones enunciadas en el artículo 5 (ahora capítulo 4) (así como la asignación de la carga de la prueba) y la responsabilidad del porteador conforme al artículo 6 (ahora capítulo 5). Se sugirió que se supliera esa deficiencia creando este vínculo.

g) En el párrafo 32 del documento A/CN.9/525 se observaba que si el proyecto de instrumento había de aplicarse al transporte de puerta a puerta, entraría inevitablemente en conflicto con los convenios de transporte terrestre unimodal (como el COTIF y el CMR), pues ambos preveían un nivel superior de responsabilidad para el porteador. Sin embargo, se sugirió que se redujeran esos conflictos adoptando un texto adecuado en el párrafo 6.4 (ahora artículo 16) y en lo relativo al porteador ejecutante. De forma más general, se expresaron dudas sobre si las reglas supletorias de responsabilidad aplicables en el transporte de puerta a puerta habían de basarse en el criterio inferior de responsabilidad establecido para el transporte marítimo o en el criterio más estricto que se preveía en el transporte terrestre.

[60] Trasladado al nuevo capítulo 6 (ahora capítulo 5) bajo el título "Obligaciones suplementarias relativas al transporte por mar [o por otras aguas navegables]". Véase la nota 50 *supra*.

[61] En el párrafo 45 del documento A/CN.9/525 se señalaba que se había pedido a la Secretaría que, al redactar el futuro proyecto de disposición, tuviera en cuenta las sugerencias, opiniones y preocupaciones mencionadas en los párrafos 38 a 44 del mismo documento. Prevaleció la opinión, recogida en el párrafo 39, de que debía mantenerse esta disposición. En el presente texto se ha intentado tener en cuenta las observaciones y sugerencias formuladas por el Grupo de Trabajo y señaladas en los párrafos 40 a 43 del documento A/CN.9/525.

[62] En el párrafo 42 del documento A/CN.9/525 se hacía referencia a la preocupación por el hecho de que la parte introductoria del apartado 6.1.3 (ahora párrafo 2) no regulaba suficientemente los casos en que el porteador demostrara la existencia de uno de los hechos enumerados en el apartado 6.3.1 (ahora párrafo 2), pero en que al mismo tiempo hubiera indicios de que el buque no reunía las condiciones técnicas para navegar. Véanse también las observaciones referentes al párrafo 6.1 (ahora artículo 14), recogidas en la nota 59 *supra*.

[63] En el párrafo 42 del documento A/CN.9/525 se sugirió que se agregara a la disposición la palabra "sólo", particularmente si los hechos enumerados se trataban como exoneraciones.

[64] En el párrafo 42 del documento A/CN.9/525 se sugirió que se suprimieran las palabras "ni ha contribuido a originar", en particular, también, cuando los hechos enumerados se trataban como exoneraciones.

porteador no será responsable de tal pérdida, daño o retraso, salvo si se demuestra su culpa o la culpa de una parte ejecutante].[66]

a)~~i)~~ [Fuerza mayor], guerra, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo, motines y tumultos civiles;

b)~~ii)~~ restricciones de cuarentena; injerencia de gobiernos, dirigentes de autoridades públicas, o particulares [incluida la injerencia por proceso jurídico o en virtud de él] o impedimentos creados por las autoridades o personas mencionadas;

c)~~iii)~~ acto u omisión del porteador, de la parte controladora o del consignatario;

d)~~iv)~~ huelgas, cierre patronal, interrupción del trabajo o reducción voluntaria del ritmo laboral;

[v) … [67];]

e)~~vi)~~ pérdida de volumen o peso o cualquier otra pérdida o daño que se deba a calidad, defecto o tara inherentes de las mercancías;

f)~~vii)~~ insuficiencia o estado defectuoso del embalaje o del marcado;

g)~~viii)~~ defectos ocultos que escapan a una diligencia razonable;

h)~~ix)~~ manipulación, carga, estibado o descarga de las mercancías por el cargador, la parte controladora o el consignatario o en su nombre;

i)~~x)~~ actos del porteador o de una parte ejecutante de conformidad con las facultades conferidas por los artículos 12 ~~5.3~~ y 13 2) ~~5.5~~ cuando las mercancías se hayan convertido en un peligro para personas, bienes o medio ambiente o hayan sido sacrificadas;

[xi) … [68];]

Variante B de los párrafos 1 y 2

1. El porteador quedará exonerado de responsabilidad si demuestra que:

i) ha cumplido con sus obligaciones en virtud del artículo 13.1 [o que su incumplimiento no ha sido la causa de la pérdida, del daño o del retraso [ni ha contribuido a tales hechos][69]], y

ii) ni él ni sus empleados o representantes han tenido la culpa de la pérdida, del daño o del retraso [ni han contribuido a tales hechos][70], o que

---

[65] Ésta es la primera variante basada en el "régimen de la presunción", sugerido en los párrafos 41 y 42 del documento A/CN.9/525.

[66] Como se señalaba en el párrafo 41 del documento A/CN.9/525, ésta es la segunda opción, basada en el régimen tradicional de la exoneración, pero sujeta a la presentación de la prueba de la culpa del porteador.

[67] Disposición trasladada al nuevo capítulo 6 bajo el título "Disposiciones suplementarias relativas al transporte por mar [o por otras aguas navegables]". Véase la nota 50 *supra*.

[68] Disposición trasladada al nuevo capítulo 6 bajo el título "Disposiciones suplementarias relativas al transporte por mar [o por otras aguas navegables]". Véase la nota 50 *supra*.

[69] Véase la nota 64 *supra*.

[70] Ibíd.

la pérdida, el daño o el retraso se han debido a uno de los siguientes hechos:

a)~~i)~~ [Fuerza mayor], guerra, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo, motines y tumultos civiles;

b)~~ii)~~ restricciones de cuarentena; injerencia de gobiernos, dirigentes de autoridades públicas, o particulares [incluida la injerencia por proceso jurídico o en virtud de él] o impedimentos creados por las autoridades o personas mencionadas;

c)~~iii)~~ acto u omisión del porteador, de la parte controladora o del consignatario;

d)~~iv)~~ huelgas, cierre patronal, interrupción del trabajo o reducción voluntaria del ritmo laboral;

[v) … [71];]

e)~~vi)~~ pérdida de volumen o peso o cualquier otra pérdida o daño que se deba a calidad, defecto o tara inherentes de las mercancías;

f)~~vii)~~ insuficiencia o estado defectuoso del embalaje o del marcado;

g)~~viii)~~ defectos ocultos que escapan a una diligencia razonable;

h)~~ix)~~ manipulación, carga, estibado o descarga de las mercancías por el cargador, la parte controladora o el consignatario o en su nombre;

i)~~x)~~ actos del porteador o de una parte ejecutante de conformidad con las facultades conferidas por los artículos 12 ~~5.3~~ y 13 2) ~~5.5~~ cuando las mercancías se hayan convertido en un peligro para personas, bienes o medio ambiente o hayan sido sacrificadas;

[xi) … [72];]

No obstante, el porteador será responsable de la pérdida, del daño o del retraso si el cargador demuestra que el porteador o sus empleados o representantes han tenido la culpa de tal pérdida, daño o retraso [o han contribuido a esos hechos][73].

Variante C de los párrafos 1 y 2

1. El porteador ~~es~~ será responsable de la pérdida derivada de pérdida de las mercancías, o del daño sufrido por ellas, así como del retraso en su entrega, si el hecho que causó la pérdida, el daño o el retraso se produjo durante el período de responsabilidad del porteador según se define en el capítulo 3 ~~artículo 4~~.

2. El porteador quedará exonerado de su responsabilidad en virtud del párrafo 1 si demuestra que ni él ni ninguna de las personas mencionadas en el artículo 15 3) ~~6.3.2 a)~~ han tenido la culpa de la pérdida, del daño o del retraso [ni han contribuido a tales hechos].[74]

---

[71] Disposición trasladada al nuevo capítulo 6 bajo el título "Disposiciones suplementarias relativas al transporte por mar [o por otras aguas navegables]". Véase la nota 50 *supra*.

[72] Disposición trasladada al nuevo capítulo 6 bajo el título "Disposiciones suplementarias relativas al transporte por mar [o por otras aguas navegables]". Véase la nota 50 *supra*.

[73] Véase la nota 64 *supra*.

[74] Véase la nota 64 *supra*.

2.bis Se presumirá que ni el porteador ni ninguna otra persona mencionada en el artículo 15 3) han tenido la culpa de la pérdida, del daño o del retraso si el porteador demuestra que la pérdida de las mercancías o el daño sufrido por ellas o el retraso en su entrega se han debido [sólo][75] a uno de los siguientes hechos:

a) ~~i)~~ [Fuerza mayor], guerra, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo, motines y tumultos civiles;

b) ~~ii)~~ restricciones de cuarentena; injerencia de gobiernos, dirigentes de autoridades públicas, o particulares [incluida la injerencia por proceso jurídico o en virtud de él] o impedimentos creados por tales autoridades o personas;

c) ~~iii)~~ acto u omisión del porteador, de la parte controladora o del consignatario;

d) ~~iv)~~ huelgas, cierre patronal, interrupción del trabajo o reducción voluntaria del ritmo laboral;

[v) ... [76];]

e) ~~vi)~~ pérdida de volumen o peso o cualquier otra pérdida o daño que se deba a calidad, defecto o tara inherentes de las mercancías;

f) ~~vii)~~ insuficiencia o estado defectuoso del embalaje o del marcado;

g) ~~viii)~~ defectos ocultos que escapan a una diligencia razonable;

h) ~~ix)~~ manipulación, carga, estibado o descarga de las mercancías por el cargador, la parte controladora o el consignatario o en su nombre;

i) ~~x)~~ actos del porteador o de una parte ejecutante de conformidad con las facultades conferidas por los artículos 12 ~~5.3~~ y 13 2) ~~5.5~~ cuando las mercancías se hayan convertido en un peligro para personas, bienes o medio ambiente o hayan sido sacrificadas;

[xi) ... [77];]

La presunción quedará rebatida si el demandante demuestra que la pérdida, el daño o el retraso se debieron a la culpa del porteador o de cualquier otra persona mencionada en el artículo 15 3). Además, la presunción quedará rebatida si el demandante demuestra que la pérdida, el daño o el retraso se debieron a uno de los motivos enunciados en los apartados a), b) o c) del párrafo 1) del artículo 13. No obstante, en tal caso, el porteador quedará exonerado de responsabilidad si demuestra haber cumplido la obligación enunciada en el artículo 13.

3. ~~6.1.4~~ ~~[~~Si la pérdida, el daño o el retraso en la entrega se deben en parte a un incidente[78] del cual el porteador no es responsable y en parte a un incidente del cual el porteador es responsable, el porteador será totalmente responsable de la pérdida,

---

[75] Véase la nota 63 *supra*.

[76] Disposición trasladada al nuevo capítulo 6 bajo el título "Disposiciones suplementarias relativas al transporte por mar [o por otras aguas navegables]". Véase la nota 50 *supra*.

[77] Disposición trasladada al nuevo capítulo 6 bajo el título "Disposiciones suplementarias relativas al transporte por mar [o por otras aguas navegables]". Véase la nota 50 *supra*.

[78] Como se observaba en el párrafo 55 del documento A/CN.9/525, se señaló la índole ambigua del término "incidente" y se preguntó si se refería únicamente a "causa" y si cabía limitar su alcance a la lista de presunciones enunciada en el apartado 6.1.3 (ahora párrafo 2).

del daño o del retraso en la entrega, salvo si demuestra que una parte concreta de la pérdida ha sido originada por un incidente del cual no es responsable.~~]~~

~~[Si la pérdida, el daño o el retraso en la entrega se deben en parte a un incidente del cual el porteador no es responsable y en parte a un incidente del cual el porteador es responsable, el porteador~~

~~a) será responsable de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega en la medida en que la parte que recabe la indemnización por la pérdida, el daño o el retraso demuestre que se ha debido a uno o más incidentes de los cuales es responsable el porteador; y~~

~~b) no será responsable de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega en la medida en que el porteador demuestre que es atribuible a uno o más incidentes respecto de los cuales el porteador no es responsable.~~

~~Si no hay factores que permitan efectuar la distribución general, el porteador será responsable de la mitad de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega]~~.[79]

[6.2 Cálculo de la indemnización[80]]

[79] El texto que se ha suprimido figuraba como segunda variante en el primer anteproyecto de instrumento. Tal como se señalaba en el párrafo 56 del documento A/CN.9/525, la primera variante fue la que obtuvo un apoyo más firme del Grupo de Trabajo, por lo que se decidió mantener sólo esa variante en el proyecto de instrumento a fin de proseguir las deliberaciones al respecto en una etapa ulterior. Sin embargo, el Grupo de Trabajo decidió mantener la segunda variante en una nota o en las observaciones relativas al proyecto de texto a fin de poder reexaminarla ulteriormente. Su texto era el siguiente:

[Si la pérdida, el daño o el retraso en la entrega se deben en parte a un incidente del cual el porteador no es responsable y en parte a un incidente del cual el porteador es responsable, el porteador

a) será responsable de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega en la medida en que la parte que recabe la indemnización por la pérdida, el daño o el retraso demuestre que se ha debido a uno o más incidentes de los cuales es responsable el porteador; y

b) no será responsable de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega en la medida en que el porteador demuestre que es atribuible a uno o más incidentes respecto de los cuales el porteador no es responsable.

Si no hay factores que permitan efectuar la distribución general, el porteador será responsable de la mitad de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega.]

[80] Tal como se sugería en el párrafo 60 del documento A/CN.9/525, el párrafo 6.2 (ahora artículo 17) se ha insertado después del párrafo 6.4 (ahora artículo 16) a fin de que quede más clara su relación con el párrafo 6.7 (ahora artículo 18).

Artículo 15. ~~6.3~~ Responsabiliad de las partes ejecutantes[81]

[81] a) Tal como se señalaba en el párrafo 64 del documento A/CN.9/525, se convino en retener el párrafo 6.3 (ahora artículo 15), a reserva de que se revisara su texto para tener en cuenta las inquietudes expresadas y de que se estudiara la conveniencia de introducir algún otro cambio si el instrumento final fuera aplicable al transporte de puerta a puerta.

A continuación se analizan las "inquietudes" resumidas en el párrafo 64, a fin de determinar cuáles pueden tenerse en cuenta en la preparación de un texto revisado.

b) Se expresó preocupación por el hecho novedoso de que se regularan las partes ejecutantes, con lo cual se creaba un derecho a demandar directamente a una parte con la que los propietarios del cargamento no tuvieran ninguna relación contractual. Se argumentó con énfasis que debía eliminarse esta innovación, pues podía ser fuente de graves problemas en la práctica. Se expresó desacuerdo respecto de la frase del párrafo 94 del documento A/CN.9/WG.III/WP.21 según la cual no cabía demandar daños extracontractuales o civiles frente a una parte ejecutante. Se adujo, a este respecto, que la responsabilidad de una parte ejecutante por todo daño extracontractual o civil era un asunto de derecho interno que el presente instrumento no intentaba abordar. Dado que el Grupo de Trabajo decidió retener esta disposición, no pueden tomarse en consideración estas inquietudes.

c) Se observó asimismo que no se indicaban claramente las condiciones en las que se exigiría responsabilidad a la parte ejecutante. Se dijo que aun cuando pareciera que la pérdida o daño había de ser "localizada" o imputada a una operación de la parte ejecutante (es decir, que la pérdida o el daño tenía que haberse producido estando las mercancías bajo la custodia de la parte ejecutante), no se indicaba claramente por cuenta de quién correría la carga de la prueba a este respecto. Se observó que cabía interpretar el texto en el sentido de que exigía a la parte ejecutante que demostrara que la pérdida o el daño se produjo en un momento en que las mercancías no estaban bajo su custodia. La carga de la prueba debería correr por cuenta del demandante, y así debería constar en el texto. Para paliar este problema se sugirió una variante del texto del apartado 6.3.1 a) (ahora artículo 15 1)).

d) Se advirtió además que, si bien el apartado 6.3.4 (ahora artículo 15 6)) imponía una responsabilidad mancomunada y solidaria, no indicaba cuál sería la vía de recurso o de repetición entre las partes. Sobre este punto surgía una especial ambigüedad, al no existir necesariamente una relación contractual entre las partes interesadas. Aun así, se considera que tal vez sea preferible no regular las vías de recurso entre las partes con responsabilidad mancomunada y solidaria. Esto no se hizo en las Reglas de La Haya-Visby (artículo 4 *bis*) ni en las Reglas de Hamburgo (artículo 7).

e) Por estas razones, en el párrafo 64 del documento A/CN.9/525 se sugirió que se suprimieran el párrafo 6.3 (ahora artículo 15) y la definición de "parte ejecutante" en el proyecto de artículo 1, o que se aclarara su significado a fin de restringir su alcance al porteador ejecutante que se encargara "materialmente" de alguna operación. Se apoyó que se limitara el alcance del párrafo 6.3 (ahora artículo 15) al aspecto "material" o físico de las operaciones de las partes ejecutantes. A este respecto se sugirió que se suprimieran las palabras "o se compromete a ejecutar" en el inciso 6.3.2 a) ii) (ahora párrafo 3 b)). Ahora bien, dado que en la definición de "parte ejecutante" en el párrafo 1.17 (ahora párrafo 1 e)) del proyecto de instrumento, se afirma claramente que es una persona que ejecuta físicamente alguna de las responsabilidades del porteador, no parece necesario modificar esta disposición.

f) Conviene señalar que en los párrafos 251 a 255 del documento A/CN.9/526, al examinar el ámbito de aplicación del instrumento, el Grupo de Trabajo también abordó la cuestión del tratamiento de las partes ejecutantes. Concretamente, en el párrafo 256, se observa que hubo convergencia de opiniones respecto de la importancia que tenía la cuestión del tratamiento de la partes ejecutantes en el proyecto de instrumento, puesto que condicionaría el instrumento entero y podría ayudar a resolver otros problemas, como la inclusión del derecho interno imperativo en el apartado 4.2.1 (ahora artículo 8). Dado que se esperaba una propuesta escrita matizada sobre esta cuestión, no se pudo adoptar en esa etapa ninguna decisión clara, ya fuera provisional o definitiva. Esa propuesta se ha presentado ahora en el documento A/CN.9/WG.III/WP.34. El Grupo de Trabajo tal vez desee abordar, a la luz de esta propuesta, la cuestión del tratamiento de las partes ejecutantes, así como las demás cuestiones tratadas en el documento.

1.~~6.3.1 a)~~ Variante A del párrafo 1[82]

Toda parte ejecutante quedará sujeta a las obligaciones y responsabilidades impuestas al porteador en virtud del presente instrumento, y tendrá derecho a ejercer los derechos y a disfrutar de las inmunidades que dicho instrumento confiere al porteador a) ~~i)~~ durante el período en el que tenga la custodia de las mercancías; y b) ~~ii)~~ en cualquier otro momento, en la medida en que esté participando en la realización de cualquiera de las actividades previstas por el contrato de transporte.

Variante B del párrafo 1

Toda parte ejecutante será responsable de la pérdida ocasionada por la pérdida de las mercancías, los daños sufridos por ellas o el retraso en su entrega, siempre y cuando el hecho que causó la pérdida, el daño o el retraso se haya producido:

a) ~~i)~~ durante el período en el que las mercancías hayan estado bajo su custodia; o

b) ~~ii)~~ en cualquier otro momento, en la medida en que esté participando en la realización de cualquiera de las actividades previstas por el contrato de transporte, siempre y cuando la pérdida, el daño o el retraso se hayan producido durante la realización de tales actividades.

Las obligaciones y responsabilidades impuestas al porteador en virtud del presente instrumento y los derechos e inmunidades que le confiere dicho instrumento serán aplicables respecto de las partes ejecutantes.

2. ~~b)~~ Si el porteador conviene en asumir responsabilidades diferentes de las que recaen en él en virtud del presente instrumento, o conviene en que su responsabilidad por el retraso en la entrega de las mercancías, por su pérdida o por el daño sufrido por ellas, o su responsabilidad en relación con las mercancías, será superior a los límites fijados en los artículos 16 2) ~~6.4.2~~, 24 4) ~~6.6.4~~, y 18 ~~6.7~~, una parte ejecutante no ~~queda~~ quedará obligada por ese acuerdo, a menos que la parte ejecutante convenga expresamente en aceptar dichas responsabilidades o dichos límites.

3. ~~6.3.2 a)~~ A reserva de lo dispuesto en el ~~artículo~~ párrafo 5 ~~6.3.3~~, el porteador ~~es~~ será responsable de los actos y omisiones de

a) ~~i)~~ cualquier parte ejecutante, y

b) ~~ii)~~ cualquier otra persona, con inclusión de subcontratistas y representantes de una parte ejecutante, que ejecute o se comprometa a ejecutar cualquiera de las responsabilidades del porteador en virtud del contrato de transporte, en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a petición del porteador o bajo la supervisión o el control de éste, como si dichos actos u omisiones fueran sus propios actos u omisiones. ~~Un~~ El porteador será responsable en virtud de la presente disposición sólo cuando el acto u omisión de la persona de que se trate entre en el ámbito de su contrato, empleo o mandato de representación.

4. ~~b)~~ A reserva de lo dispuesto en el ~~artículo~~ párrafo 5 ~~6.3.3~~, toda parte ejecutante ~~es~~ será responsable de los actos y omisiones de cualquier persona en la

[82] La variante A del párrafo 1 se basa en el texto original del proyecto de instrumento.

que haya delegado la realización de cualquiera de las responsabilidades del porteador en virtud del contrato de transporte, incluidos sus subcontratistas, empleados y representantes, como si dichos actos u omisiones fueran los suyos propios. La parte ejecutante sólo será responsable en virtud de la presente disposición cuando el acto o la omisión de la persona de que se trate entre en el ámbito de su contrato, empleo, o mandato de representación.[83]

5. ~~6.3.3~~ Si se entabla una acción contra una persona mencionada en ~~el artículo~~ los párrafos 3 y 4 ~~6.3.2~~ que no sea el porteador, dicha persona tendrá derecho a beneficiarse de las excepciones y limitaciones de responsabilidad de que goce el porteador en virtud del presente instrumento, si prueba que ha obrado en el marco de su contrato, de su empleo o de su mandato de representación.

6. ~~6.3.4~~ Si la responsabilidad por la pérdida de las mercancías, el daño sufrido por éstas o el retraso en su entrega recae en más de una persona, esta responsabilidad será mancomunada y solidaria pero quedará limitada por lo dispuesto en los artículos 16 ~~6.4~~, 24 ~~6.6~~ y 18 ~~6.7~~.

7. ~~6.3.5~~ Sin perjuicio ~~de lo dispuesto en el~~ del artículo 19 ~~6.8~~, la responsabilidad acumulada de todas esas personas no excederá de los límites generales de responsabilidad enunciados en el presente instrumento.

Artículo 16. ~~6.4~~ Retraso[84]

1. ~~6.4.1~~ Se considerará que hay retraso en la entrega cuando las mercancías no se entreguen en el lugar de destino estipulado en el contrato dentro del plazo que se haya convenido expresamente [o, de no haber habido tal acuerdo, dentro del plazo que sería razonable esperar de un porteador diligente, teniendo en cuenta los términos del contrato, las características del transporte y las circunstancias del viaje].

2. ~~6.4.2~~ Si el retraso en la entrega origina pérdidas que no se derivan de las pérdidas o los daños de las mercancías transportadas y que, por tanto, no están abarcadas por el artículo 17 ~~6.2~~, la suma pagadera a título de indemnización por dichas pérdidas ~~queda~~ quedará limitada a una cantidad equivalente a [... veces el flete pagadero por las mercancías retrasadas]. La suma total pagadera en virtud de la presente disposición y del artículo 18 1) ~~6.7.1~~ no excederá del límite que se fijaría en relación el artículo 18 1) ~~6.7.1~~ para la pérdida total de las mercancías de que se trate.

[6.5 Desviación[85]]

[6.6 Carga en cubierta[86]]

---

[83] Corrección efectuada para ajustar la disposición a los términos del apartado 6.3.2 a) y 6.3.3 (ahora párrafos 3, 4 y 5).

[84] Conforme a lo señalado en el párrafo 70 del documento A/CN.9/525, el Grupo de Trabajo convino en mantener el texto actual del párrafo 6.4 (ahora artículo 16) para seguirlo examinando en una etapa ulterior.

[85] Disposición trasladada al nuevo capítulo 6 bajo el título "Disposiciones suplementarias relativas al transporte por mar [o por otras aguas navegables]". Véase la nota 50 *supra*.

[86] Disposición trasladada al nuevo capítulo 6 bajo el título "Disposiciones suplementarias relativas al transporte por mar [o por otras aguas navegables]". Véase la nota 50 *supra*.

Artículo 17. ~~6.2~~ Cálculo de la indemnización[87]

1. ~~6.2.1 Cuando el porteador sea responsable de la pérdida de las mercancías o del daño sufrido por éstas~~ A reserva del artículo 18 ~~6.7~~[88], la indemnización que ~~proceda~~ deba abonar el porteador en concepto de pérdida de mercancías o de los daños sufridos por éstas se calculará por referencia al valor de las mercancías en el lugar y el momento de la entrega según el contrato de transporte.

2. ~~6.2.2~~ El valor de las mercancías se fijará según su precio en bolsa o, si dicho precio no existiera, según su precio en el mercado o, si no hubiera precio en bolsa ni precio en el mercado, por referencia al valor normal de las mercancías del mismo tipo y de la misma calidad en el lugar de entrega.

3. ~~6.2.3~~ En caso de que las mercancías se pierdan o sufran daños ~~y con excepción de lo que se dispone en el artículo~~16.~~6.4~~[89], el porteador no será responsable del pago de ninguna indemnización que no sea la prevista en los ~~artículos~~ párrafos 1 y 2 ~~6.2.1 y 6.2.2~~, salvo cuando el porteador y el cargador hayan convenido en calcular la indemnización de un modo diferente ateniéndose a los límites del artículo 88[90].

Artículo 18. ~~6.7~~ Límites de la responsabilidad[91]

1. ~~6.7.1~~ A reserva de lo dispuesto en el artículo 16 2) ~~6.4.2~~, la responsabilidad del porteador por la pérdida o el daño o en relación con las mercancías quedará limitada a [...] unidades de cuenta por bulto u otra unidad de transporte, o a [...] unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, si esta última cantidad es superior, excepto cuando la naturaleza y el valor de las mercancías hayan sido declarados por el cargador antes de su expedición y se hayan consignado en los datos del contrato, ~~[~~o cuando el porteador y el cargador hayan

---

[87] Véase la nota 80 *supra*.

[88] En el párrafo 60 del documento A/CN.9/525 se sugirió que se estableciera un nexo entre las disposiciones relativas al cálculo de la indemnización y las referentes a los límites de la responsabilidad.

[89] Las palabras suprimidas no parecen necesarias, dado que el párrafo 6.4 (ahora artículo 16) regula únicamente las pérdidas financieras.

[90] Conforme a los párrafos 57 a 59 del documento A/CN.9/525, esta frase tenía la finalidad de enunciar una disposición por la que se normalizara el método de cálculo de la indemnización y que tuviera en cuenta la intención de las partes expresada en el contrato de transporte. Tal como se señalaba en el párrafo 58 de dicho documento, la cuestión de si los daños indirectos debían o no incluirse en el importe de la indemnización pagadera dependía de la intención de las partes.

[91] En el párrafo 85 del documento A/CN.9/525 se indicaba que el Grupo de Trabajo había decidido mantener en el proyecto de instrumento la totalidad del texto del párrafo 6.7 (ahora artículo 18) para seguir debatiéndolo en una etapa ulterior.
Durante el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo se examinó la cuestión del ámbito de aplicación del instrumento y, paralelamente a este debate, se abordó también la cuestión de los límites de la responsabilidad. Como se señalaba en los párrafos 257 a 263 del documento A/CN.9/526 se formularon varias sugerencias respecto de los límites de la responsabilidad, pero en esa etapa no se dieron instrucciones a la Secretaría. No obstante, en el párrafo 257 de dicho documento se respaldaron ampliamente las sugerencias formuladas en el sentido de que no debía intentarse llegar a un acuerdo sobre la cuantía específica de los límites de responsabilidad con arreglo a esta disposición en aquella etapa del debate; del mismo modo, se apoyó ampliamente la idea de que en el proyecto de instrumento se estableciera un procedimiento de enmienda rápido para el límite de la responsabilidad.

convenido en una suma que rebase el límite de la responsabilidad fijado en el presente artículo.~~]~~[92]

[2. ~~6.7.1bis~~ No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 ~~6.7.1~~, cuando el porteador no pueda determinar si las mercancías se perdieron o resultaron dañadas durante el transporte marítimo o durante la etapa de transporte anterior o posterior al tramo marítimo, se aplicará el máximo límite de responsabilidad previsto en las disposiciones imperativas internacionales y nacionales que rijan los distintos tramos del transporte.][93]

3. ~~6.7.2~~ Cuando las mercancías se transporten en un contenedor o sobre un contenedor, los bultos o unidades de carga enumerados en los datos del contrato como bultos expedidos en dicho contenedor o encima de él, serán considerados bultos o unidades de carga. Si no se han enumerado de la manera indicada, las mercancías transportadas en el contenedor o sobre él serán consideradas como una unidad de carga.

4. ~~6.7.3~~ La unidad de cuenta a que se refiere el presente artículo es el Derecho Especial de Giro, tal como ha sido definido por el Fondo Monetario Internacional. Las cantidades mencionadas en el presente artículo se convertirán a la moneda nacional de un Estado según el valor de esa moneda en la fecha del fallo judicial o en la fecha acordada por las partes. El valor, en Derechos Especiales de Giro, de la moneda nacional de un Estado Contratante que sea miembro del Fondo Monetario

---

[92] En el párrafo 259 del documento A/CN.9/526 se indicaba que el Grupo de Trabajo recordó que la frase final del apartado 6.7.1 (ahora párrafo 1) se había colocado entre corchetes en espera de que se decidiera si toda disposición imperativa debía serlo unilateral o bilateralmente, y que el Grupo de Trabajo había convenido provisionalmente en eliminar los corchetes de la disposición.
El Grupo de Trabajo tal vez desee también examinar la siguiente variante del párrafo 1: "A reserva de lo dispuesto en el artículo 16 2) ~~6.4.2~~, la responsabilidad del porteador por la pérdida o el daño o en relación con las mercancías quedará limitada a [...] unidades de cuenta por bulto u otra unidad de transporte, o a [...] unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, si esta última cantidad es superior. ~~excepto~~ No obstante, cuando la naturaleza y el valor de las mercancías hayan sido declarados por el cargador antes de su expedición y se hayan consignado en los datos del contrato, ~~[~~o cuando el porteador y el cargador hayan convenido en una suma que rebase el límite de la responsabilidad fijado en el presente artículo~~]~~, la indemnización pagadera se limitará a dicha suma." El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las últimas palabras agregadas a esta variante deberían reexaminarse en función del artículo 88, pues podían resultar innecesarias de adoptarse dicho artículo. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el método que deberá emplearse para determinar una suma, posiblemente recurriendo a estadísticas.

[93] Además, al examinarse la cuestión del tratamiento de los daños no localizados, en el párrafo 264 del documento A/CN.9/526 se formuló la propuesta, aprobada por el Grupo de Trabajo en el párrafo 267, de insertar entre corchetes este nuevo párrafo después del apartado 6.7.1 (ahora párrafo 1). Este nuevo texto propuesto y aprobado figura ahora como párrafo 2.
A continuación se presentan distintas variantes del párrafo 2: "No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, cuando el porteador no pueda determinar si las mercancías se perdieron o resultaron dañadas durante el transporte marítimo o durante [la etapa de transporte anterior o posterior al tramo marítimo][cualquiera de los períodos mencionados en el artículo 8 1) a) y b)], se aplicará el máximo límite de responsabilidad [previsto en las disposiciones imperativas internacionales [y nacionales] que rijan los distintos tramos del transporte][previsto en todo convenio internacional [o en toda ley nacional] que pueda ser aplicable conforme al artículo 8][que habría regido cualquier contrato celebrado entre las partes para cada una de las etapas del transporte que se efectuara por un determinado modo de transporte][que habría sido aplicable de haberse celebrado un contrato específico para ese modo de transporte]."

Internacional se calculará según el método de valoración aplicado en la fecha de que se trate por el Fondo Monetario Internacional en sus operaciones y transacciones. El valor, en Derechos Especiales de Giro, de la moneda nacional de un Estado Contratante que no sea miembro del Fondo Monetario Internacional se calculará de la manera que determine ese Estado.

Artículo 19. ~~6.8~~ Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad

Ni el porteador ni ninguna de las personas mencionadas en el artículo 15 3) y 4) ~~6.3.2~~ ~~tienen~~ tendrán derecho a limitar su responsabilidad con arreglo a los artículos [16 2) ~~6.4.2~~,] 24 4) ~~6.6.4~~, y 18 ~~6.7~~ del presente instrumento, [o según se estipule en el contrato de transporte,] si el demandante prueba que [el retraso en la entrega de,] la pérdida de las mercancías o el daño sufrido por éstas o relacionado con dichas mercancías han sido resultado de un acto u omisión [personal][94] de la persona que reclame un derecho de limitación con la intención de causar dicha pérdida o daño, o imprudentemente y a sabiendas de que con su acto u omisión sobrevendría probablemente tal pérdida o daño.

Artículo 20. ~~6.9~~ Notificación en caso de pérdida, daño o retraso

1. ~~6.9.1~~ A menos que se pruebe lo contrario, se presumirá que el porteador ha entregado las mercancías según las describían los datos del contrato si [el consignatario] no ha notificado[95] al porteador o a la parte ejecutante que entregó las mercancías la pérdida o el daño sufrido por las mercancías [o el daño relacionado con ellas][96], indicando la naturaleza general de la pérdida o del daño [o si no se ha hecho tal notificación en nombre del consignatario][97], antes del momento de la entrega o en dicho momento, o, si la pérdida o el daño no son aparentes, [en el plazo de tres días laborables] [en un plazo razonable] [en un plazo de … días laborables en el lugar de la entrega] [en un plazo de … días consecutivos][98] después de la entrega de las mercancías. No se requerirá dicha notificación en caso de pérdida o

[94] Como se señalaba en el párrafo 92 del documento A/CN.9/525, durante el debate inicial sobre esta disposición el Grupo de Trabajo tomó nota de las observaciones y sugerencias formuladas y decidió mantener en el proyecto de instrumento el texto del párrafo 6.8 (ahora artículo 19) para seguir examinándolo en una etapa posterior. No obstante, como se observaba en los párrafos 260 y 261 del documento A/CN.9/526, tras un debate sobre la referencia a "acto u omisión personal" de la persona que reclama el derecho a limitar la responsabilidad, el Grupo de Trabajo decidió que la palabra "personal" figurara entre corchetes a fin de proseguir el debate en una etapa ulterior.

[95] En el párrafo 94 del documento A/CN.9/525 se pidió a la Secretaría que, al revisar el texto, tuviera en cuenta el amplio apoyo de que había sido objeto el concepto de notificación escrita y la necesidad de dar cabida en el texto a las comunicaciones electrónicas. El párrafo 2.3 (ahora artículo 5) del proyecto de instrumento dispone que la notificación prevista en el apartado 6.9.1 (ahora párrafo 1) y en otras disposiciones podrá hacerse por medio de comunicaciones electrónicas; en los demás casos, deberá hacerse por escrito.

[96] Conforme a las observaciones que figuran en el párrafo 97 del documento A/CN.9/525, las palabras "o el daño relacionado con las mercancías" se han colocado entre corchetes y se ha agregado una referencia al hecho de que la notificación podrá ser efectuada por el consignatario o en su nombre. Es posible que estas observaciones no hayan recibido un apoyo suficiente.

[97] Ibíd.

[98] En el párrafo 95 del documento A/CN.9/525 se pidió a la Secretaría que se colocaran entre corchetes las palabras "en el plazo de tres días laborables", junto con otras posibles variantes.

de daño que se hayan determinado en una inspección conjunta[99] de las mercancías, llevada a cabo por el consignatario y el porteador o la parte ejecutante respecto de quién se haya alegado que es responsable.

2. ~~6.9.2~~ ~~No procede abonar~~ No se abonará indemnización alguna con arreglo al artículo 16 ~~6.4~~, a menos que se haya notificado la pérdida[100] a la persona a la que se impute la responsabilidad en el plazo de 21 días consecutivos a partir de la entrega de las mercancías.

3. ~~6.9.3~~ Cuando la notificación mencionada en el presente capítulo se dé a la parte ejecutante que entregó las mercancías, surtirá el mismo efecto que si se hubiera dado al porteador, y la notificación dada al porteador surtirá el mismo efecto que una notificación dada a la parte ejecutante que entregó las mercancías.

4. ~~6.9.4~~ En caso de pérdida o daño efectivos o temidos, cada una de las partes en la reclamación o controversia deberá dar a las otras partes todas las facilidades razonables para inspeccionar y tasar las mercancías y [para] [deberá] darles acceso a los expedientes y documentos relativos al transporte de las mercancías.[101]

Artículo 21. ~~6.10~~ Reclamaciones extracontractuales

Las disposiciones sobre excepciones y límites de la responsabilidad que se enuncian en el presente instrumento y las responsabilidades que impone se aplicarán a toda acción entablada contra el porteador o una parte ejecutante por pérdida o daño de las mercancías o por daño relacionado con las mercancías, amparada por un contrato de transporte, y por retraso en la entrega de dichas mercancías[102], tanto si la acción se basa en un contrato como si se trata de un daño extracontractual o de otro tipo.

---

[99] En el párrafo 96 del documento A/CN.9/525 se sostuvo que la expresión "inspección concurrente" o "*inspection contradictoire*" podría ser más apropiada en un contexto de derecho civil.

[100] El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la necesidad de agregar al texto una referencia para indicar que por pérdida deberá entenderse únicamente la pérdida ocasionada por un retraso.

[101] En el párrafo 100 del documento A/CN.9/525 se señalaba que la disposición debería contener también una referencia a la obligación de dar acceso a los expedientes y documentos relativos al transporte de las mercancías. Entre corchetes figuran dos variantes: la primera prevé la obligación de dar "facilidades razonables"; la segunda variante es independiente y está desvinculada del concepto de razonabilidad.

[102] En el párrafo 102 del documento A/CN.9/525 se señalaba el amplio apoyo que había recibido la sugerencia de incluir en la disposición una referencia al retraso en la entrega.

CAPÍTULO 6. DISPOSICIONES SUPLEMENTARIAS RELATIVAS AL TRANSPORTE POR MAR [O POR OTRAS AGUAS NAVEGABLES][103]

Artículo 22. Responsabilidad del porteador[104]

Variante A[105]

1. ~~6.1.2~~ [No obstante lo dispuesto en el artículo 14 1) ~~6.1.1~~, el porteador no ~~es~~ será responsable de la pérdida, del daño o del retraso derivados o resultantes de

~~a) actos, negligencia o culpa del capitán, un marinero, el piloto u otros empleados del porteador en la navegación o la administración del buque;~~

~~[b)~~ un incendio en el buque, a menos que haya sido causado por culpa del porteador o con su conocimiento.][106]

2. ~~6.1.3 bis~~ El artículo 14 será también aplicable en los siguientes supuestos:

a) ~~v)~~ salvamento o tentativa de salvamento de vidas o bienes en el mar; y

[b) ~~xi)~~ riesgos, peligros y accidentes del mar o de otras aguas navegables;]

---

[103] Tal como se observaba en la nota 50 *supra*, en vista del amplio apoyo que se expresó en el Grupo de Trabajo para que el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento fuera de puerta a puerta, y no de puerto a puerto (véase el párrafo 239 del documento A/CN.9/526), se consideró que, para la reestructuración del proyecto de instrumento, sería útil separar las disposiciones que fueran únicamente aplicables a los tramos marítimos. En consecuencia, se han reagrupado en el presente capítulo las siguientes disposiciones que inicialmente figuraban en el artículo 6 (ahora capítulo 5): el apartado 6.1.2 (ahora artículo 22) y las partes pertinentes del apartado 6.1.3 (ahora recogidas también en el artículo 22) en todo lo referente a la responsabilidad, el párrafo 6.5 (ahora artículo 23) referente a la desviación, y el párrafo 6.6 (ahora artículo 24) referente a la carga en cubierta.

[104] En caso de que se adopten las variantes B o C para los párrafos 1) y 2) del artículo 14, el Grupo de Trabajo tal vez desee reexaminar este artículo con miras a adoptar un criterio coherente en lo relativo a las presunciones de traspaso de responsabilidad.

[105] La variante A del artículo 22 se basa en el texto original del proyecto de instrumento.

[106] Se ha suprimido el inciso a) del apartado 6.1.2 debido a que en los párrafos 35 y 36 del documento A/CN.9/525 se hacía constar la amplia coincidencia de pareceres en el sentido de que la eliminación de esta excepción en el régimen internacional del transporte marítimo de mercancías constituiría un paso importante hacia la modernización y armonización del derecho internacional del transporte. También se puso de relieve que esa medida podía revestir una importancia esencial en el contexto del establecimiento de reglas internacionales para el transporte de puerta a puerta. Según una opinión similar, si bien era probablemente inevitable suprimir la excepción general basada en el error de navegación, convendría mantener el inciso a) entre corchetes, en espera de que se adoptara ulteriormente una decisión definitiva sobre lo que se entendía por "conjunto de medidas de responsabilidad" (es decir, los diversos aspectos del régimen de la responsabilidad aplicables a las diversas partes interesadas). No obstante, tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el inciso a). El inciso 6.1.2 b) (ahora artículo 22 1)) se mantuvo entre corchetes conforme a la decisión del Grupo de Trabajo recogida en el párrafo 37 del documento A/CN.9/525.
En el párrafo 43 del documento A/CN.9/525 se señaló la sugerencia de que en caso de que se decidiera mantener en el texto el supuesto del incendio del buque, se trasladara esa disposición del apartado 6.1.2 al apartado 6.1.3 (ambos figuran ahora en el artículo 22). Este cambio se ha efectuado en la variante A), pero no en la variante B.

Variante B

~~6.1.2 [No obstante lo dispuesto en el artículo 14 1) 6.1.1, el porteador no es~~ será ~~responsable de la pérdida, el daño o el retraso derivados o resultantes de~~

~~a) actos, negligencia o culpa del capitán, un marinero, el piloto u otros empleados del porteador en la navegación o la administración del buque;~~

~~[b) un incendio en el buque, a menos que haya sido causado por culpa o del porteador o con su conocimiento.]~~[107]

~~6.1.3 bis~~ El artículo 14 será también aplicable en los siguientes supuestos:

a) ~~v)~~ salvamento o tentativa de salvamento de vidas o bienes en el mar;

[b) ~~xi)~~ riesgos, peligros y accidentes del mar o de otras aguas navegables;] [y]

[c) ~~ix)~~ incendio en el buque, a menos que haya sido causado por culpa del porteador o con su conocimiento;][108]

Artículo 23. ~~6.5~~ Desviación

1. ~~a)~~ El porteador no será responsable de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega que se origine a causa de una desviación[109] efectuada para salvar o intentar salvar vidas [o bienes][110] en el mar [, o por cualquier otra desviación [razonable]][111].

2. ~~b)~~ Cuando en virtud de la legislación de un país una desviación constituya de por sí un incumplimiento de las obligaciones del porteador, dicho incumplimiento sólo tendrá efecto en consonancia con ~~las disposiciones del~~ el presente instrumento.[112]

---

[107] Véase la nota 106 *supra*.

[108] En el párrafo 43 del documento A/CN.525 se señalaba que se había sugerido que en caso de que se mantuviera el supuesto del incendio, se trasladara del apartado 6.1.2 al apartado 6.1.3 (ahora artículo 22).

[109] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si, como se propone en el párrafo 73 del documento A/CN.9/525, conviene insertar, a continuación de las palabras "que se origine a causa de una desviación", las palabras "autorizada por el cargador o de una desviación".

[110] Conforme al párrafo 72 del documento A/CN.9/525, se han colocado entre corchetes las palabras "o bienes" debido a que hubo objeciones a que se previera también el salvamento de bienes.

[111] La referencia a cualquier otro desvío razonable se ha colocado entre corchetes ante las objeciones formuladas en el Grupo de Trabajo, según se indica en el párrafo 73 del documento A/CN.9/525. En el párrafo 72 del mismo documento se sugirió también que, en caso de bienes salvados gracias a una desviación, se pudiera destinar toda compensación monetaria obtenida por los bienes salvados a la indemnización de las pérdidas ocasionadas por el retraso.

[112] Otra posible variante del texto de este párrafo podría ser la siguiente: "Cuando en virtud de la legislación de un país una desviación constituya de por sí un incumplimiento de las obligaciones del porteador, dicho incumplimiento no impediría al porteador o a la parte ejecutante invocar las excepciones o limitaciones previstas en el presente instrumento." De adoptarse esta variante, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si es necesario mantener el párrafo 1 en el texto.

Artículo 24 ~~6.6~~ Carga en cubierta[113]

1 ~~6.6.1~~ Las mercancías sólo se podrán transportar en cubierta o sobre cubierta

a) ~~i)~~ si la legislación o las normas administrativas o los reglamentos aplicables exigen que el transporte se efectúe de este modo, o

b) ~~ii)~~ si las mercancías se transportan en contenedores o sobre contenedores de cubiertas especialmente adaptadas para el transporte de dichos contenedores, o

c) ~~iii)~~ en los casos que no queden regulados por los apartados a) ~~i)~~ o b) ~~ii)~~ del presente artículo, si el transporte en cubierta está en consonancia con el contrato de transporte, o cumple las costumbres, los usos y las prácticas del ramo, o corresponde a otros usos o prácticas del ramo de que se trate.

2 ~~6.6.2~~ Si las mercancías han sido transportadas de conformidad con lo dispuesto en ~~el artículo~~ los párrafos 1 a) y c) ~~6.6.1 i) y iii)~~, el porteador no ~~es~~ será responsable de la pérdida de dichas mercancías, del daño sufrido por éstas o del retraso en su entrega que se deban a los riesgos especiales que entrañe su transporte en cubierta. Si las mercancías se transportan en cubierta o sobre cubierta de conformidad con el ~~artículo~~ párrafo 1 b) ~~6.6.1 ii)~~, el porteador ~~es~~ será responsable de la pérdida de dichas mercancías, del daño sufrido por ellas o del retraso en su entrega con arreglo a lo dispuesto en el presente instrumento, independientemente de que se transporten en cubierta o sobre cubierta. Si las mercancías se transportan en cubierta en casos diferentes de los permitidos en virtud del ~~artículo~~ párrafo 1 ~~6.6.1~~, el porteador ~~es~~ será responsable, con independencia ~~de las disposiciones~~ del artículo 14 ~~6.1~~, de la pérdida de las mercancías, de los daños sufridos por éstas y del retraso en su entrega que sean exclusivamente consecuencia de su transporte en cubierta.

3 ~~6.6.3~~ Si las mercancías se han expedido de conformidad con lo dispuesto en el ~~artículo~~ párrafo 1 c) ~~6.6.1 iii)~~, el hecho de que determinadas mercancías se transporten en cubierta deberá hacerse constar en los datos del contrato. De lo contrario, recaerá en el porteador la carga de la prueba de que el transporte en cubierta cumple con lo dispuesto en el ~~artículo~~ párrafo 1 c) ~~6.6.1 iii)~~ y, si se ha expedido un título de transporte negociable o un documento electrónico negociable, el porteador no tendrá derecho a invocar dicha disposición contra un tercero que haya adquirido de buena fe dicho título de transporte negociable o dicho documento electrónico negociable.

4 ~~6.6.4~~ Si el porteador es responsable en virtud del presente artículo 24 ~~6.6~~ de la pérdida de las mercancías transportadas en cubierta, de los daños sufridos por éstas o del retraso en su entrega, su responsabilidad quedará limitada a lo que disponen los artículos 16 ~~6.4~~ y 18 ~~6.7~~; ahora bien, si el porteador y el cargador han convenido expresamente en que las mercancías se transporten bajo cubierta, el porteador no tendrá derecho a limitar su responsabilidad por cualquier pérdida de mercancías o por cualquier daño sufrido por éstas que se deban exclusivamente al hecho de haber sido transportadas en cubierta.

---

[113] Como se indicaba en el párrafo 80 del documento A/CN.9/525, el Grupo de Trabajo decidió mantener la estructura y el contenido actual del párrafo 6.6 (ahora artículo 24) en espera de proseguir su examen en una etapa ulterior. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que este artículo depende mucho de la definición de “contenedor”, que figura en el artículo 1 s).

CAPÍTULO 7. OBLIGACIONES DEL CARGADOR

Artículo 25

~~7.1~~ [A reserva de las estipulaciones del contrato de transporte,][114] el cargador entregará las mercancías preparadas para el transporte ~~y~~[115] en un estado que les permita resistir el transporte previsto, incluidas las operaciones de carga, manipulación, estibado, sujeción y afianzamiento, así como de descarga, y que no causen lesiones ni daños. En el caso de que las mercancías se entreguen en un contenedor o un remolque o encima de un contenedor o de un remolque y hayan sido embaladas por el cargador, éste deberá estibar, sujetar y afianzar las mercancías en el contenedor o remolque o encima del contenedor o el remolque de forma que las mercancías resistan el transporte previsto, incluidas las operaciones de carga, manipulación y descarga del contenedor o del remolque, y que no causen lesiones ni daños.[116]

Artículo 26

~~7.2.~~ El porteador proporcionará al cargador, previa petición de éste, la información de que tenga conocimiento y las instrucciones que sean razonablemente necesarias o importantes para que el cargador pueda cumplir sus obligaciones en virtud del artículo 25 ~~7.1~~[117].

Artículo 27

~~7.3.~~ El cargador proporcionará al porteador la información, las instrucciones y los documentos que sean razonablemente necesarios para:

a) la manipulación y el transporte de las mercancías, incluidas las precauciones que deba adoptar el porteador o la parte ejecutante;

---

[114] Como se observaba en el párrafo 148 del documento A/CN.9/510, el Grupo de Trabajo había convenido en colocar entre corchetes las palabras "A reserva de las estipulaciones del contrato de transporte", en espera de nuevas consultas y debates sobre el alcance de la obligación del porteador y sobre su grado de autonomía contractual.

[115] En los párrafos 145 y 148 del documento A/CN.9/510 se señalaba que el Grupo de Trabajo había convenido en suprimir la palabra "y".

[116] El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia formulada en el párrafo 148 del documento A/CN.9/510 de que se preparara una variante basada en los artículos 12, 13 y 17 de las Reglas de Hamburgo.

[117] Como se señalaba en el párrafo 151 del documento A/CN.9/510, se expresaron algunas dudas sobre si era apropiado que este proyecto de disposición, que se centraba en las obligaciones del porteador, figurara en el capítulo relativo a las obligaciones del cargador. Sin embargo, se consideró que, en vista de la estrecha relación existente entre el proyecto de artículo 7.2 (ahora artículo 26) y las demás disposiciones del proyecto de capítulo 7 (ahora artículos 25 a 32), no era necesariamente inadecuado que el proyecto de disposición figurara en dicho capítulo. A reserva de las otras observaciones recogidas en los párrafos 149 a 151 del documento A/CN.9/510, el Grupo de Trabajo decidió mantener el proyecto de disposición en el texto, con miras a examinar sus pormenores en un futuro período de sesiones (párrafo 152 del documento A/CN.9/510).

b) el cumplimiento de las normas, reglamentos y otros requisitos de las autoridades en relación con el transporte previsto, con inclusión de documentos, solicitudes y licencias relacionados con las mercancías;

c) la recopilación de los datos del contrato y la emisión de los títulos de transporte o de los documentos electrónicos, incluidos los datos mencionados en el artículo 34 1) ~~8.2.1~~ b) y c), el nombre de la parte que va a ser identificada como cargador en los datos del contrato, y el nombre del consignatario o la orden de entrega, a menos que el cargador pueda suponer razonablemente que el porteador ya conoce esos datos[118].

Artículo 28

~~7.4.~~ La información, las instrucciones y los documentos que el cargador y el porteador se entregan mutuamente en virtud de los artículos 26 ~~7.2~~ y 27 ~~7.3~~ deberán facilitarse oportunamente y deberán ser exactos y completos[119].

Artículo 29

Variante A[120]

[~~7.5~~ El cargador y el porteador son responsables[121] cada uno respecto del otro, respecto del consignatario y respecto de la parte controladora por toda pérdida o daño que se deban a que una de las partes haya incumplido sus obligaciones respectivas en virtud de los artículos 26 ~~7.2,~~ 27 ~~7.3~~, y 28 ~~7.4.~~][122]

---

[118] Como se observaba en el párrafo 153 del documento A/CN.9/510, el Grupo de Trabajo aprobó el texto del párrafo 7.3 (ahora artículo 27), estimando que constituía una sólida base para proseguir el debate en una etapa ulterior.

[119] Como se señalaba en el párrafo 154 del documento A/CN.9/510, el Grupo de Trabajo convino en mantener esta disposición para reexaminarla ulteriormente.

[120] La variante A del artículo 29 se basa en el texto original del proyecto de instrumento.

[121] Como se observaba en el párrafo 156 del documento A/CN.9/510, se había expresado preocupación por el hecho de que el tipo de responsabilidad establecido en el párrafo 7.5 (ahora párrafo 1) era inadecuado, dado que las obligaciones establecidas en los párrafos 7.2, 7.3 y 7.4 (ahora artículos 26, 27 y 28) no eran absolutas y entrañaban apreciaciones subjetivas. Imponer una responsabilidad objetiva por el incumplimiento de lo que se describía como obligación flexible e imprecisa parecía excesivo a algunas delegaciones. También se sostuvo que el enunciado actual de la disposición era ambiguo y que no resultaba claro cuál sería su efecto en cuanto a la responsabilidad frente a un consignatario o una parte controladora ni si el porteador sería responsable frente a un consignatario cuando el cargador no proporcionase datos suficientes y viceversa.

[122] En el párrafo 157 del documento A/CN.9/510 también se expresó inquietud por el hecho de que la disposición no preveía la situación en que el cargador y el porteador fueran responsables a la vez y debieran compartir la responsabilidad; también se argumentó que la disposición era ambigua, pues no resultaba claro qué se entendía por "pérdida o daño" al compararla, por ejemplo, con el párrafo 7.6 (ahora artículo 30), en el que se hablaba de "pérdida, daño o lesión". En el párrafo 158 del documento A/CN.9/510 se señalaba que el Grupo de Trabajo había llegado a la conclusión de que el párrafo 7.5 (ahora artículo 29) debía colocarse entre corchetes, en espera de que fuera reexaminado teniendo en cuenta las preocupaciones y sugerencias mencionadas en los párrafos 156 y 157. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado con posibles variantes que tuvieran en cuenta las sugerencias formuladas. Al término del debate, el Grupo de Trabajo convino en general en que, en la revisión del proyecto de

Variante B

[1. El cargador será responsable frente al porteador, al consignatario y a la parte controladora por toda pérdida o daño [o lesión] que sean consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que le imponen los artículos 27 y 28.

2. El porteador será responsable frente al cargador, al consignatario y a la parte controladora por toda pérdida o daño [o lesión] que sean consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que le imponen los artículos 26 y 28.

3. Cuando la pérdida o el daño [o la lesión] sean consecuencia de que tanto el cargador como el porteador han incumplido sus obligaciones respectivas, el cargador y el porteador serán conjuntamente responsables frente al consignatario y a la parte controladora por tal pérdida o daño [o lesión].]

Artículo 30

Variante A[123]

~~7.6.~~ El cargador será responsable frente al porteador por toda pérdida, daño o lesión causada por las mercancías y por todo incumplimiento de las obligaciones que le impone el artículo 25 ~~7.1~~, a menos que el cargador pruebe que dicha pérdida o dicho daño fueron causados por sucesos o por circunstancias que un cargador diligente no pueda evitar o cuyas consecuencias un cargador diligente no pueda prevenir.

Variante B

El cargador no será [responsable] de las pérdidas o daños sufridos por el porteador o de los daños sufridos por el buque cuando dichas pérdidas o dichos daños no se deban a un acto, a la culpa o a la negligencia del cargador [, de sus representantes o de sus empleados][124].

Variante C

El cargador será responsable frente al porteador de toda pérdida, daño o lesión causada por las mercancías y de todo incumplimiento de las obligaciones que le

disposición, se tuviera debidamente en cuenta que la información mencionada en el párrafo 7.5 (ahora artículo 29) podría comunicarse por medio de mensajes electrónicos, es decir, introducirse en un sistema de comunicación electrónica y reproducirse con modificaciones o sin ellas en el proceso de transmisión. El texto de la variante B, con sus opciones, se ha preparado teniendo en cuenta las observaciones realizadas.

[123] La variante A del artículo 30 se basa en el texto original del proyecto de instrumento.

[124] Tal como se observaba en los párrafos 161 y 170 del documento A/CN.9/510, se convino en que esta variante se presentara junto con el texto original del párrafo 7.6 (ahora variante A) de modo que ambos textos pudieran volverse a examinar en un futuro período de sesiones del Grupo de Trabajo. En el párrafo 166 del mismo documento se señalaba también que tal vez fuera preciso suprimir, en la variante B, la referencia a los "representantes o empleados" del cargador, ya que la cuestión podría regularse en el párrafo 7.8 (ahora artículo 32).

impone el artículo 25, a menos que demuestre que no causó tal pérdida o daño ni contribuyó a que se produjeran.[125]

Artículo 31

~~7.7~~ Si una persona que en los datos del contrato se califique de "cargador", aunque no sea el cargador en el sentido de la definición del artículo 1 d) ~~1.19,~~ acepta el título de transporte o el documento electrónico, esa persona a) quedará sujeta a las responsabilidades y obligaciones impuestas al cargador en el presente capítulo y en el artículo 57 ~~11.5~~, y b) tendrá derecho a disfrutar de los derechos e inmunidades del cargador previstos en el presente capítulo y en el capítulo 13.

Artículo 32

~~7.8~~ El cargador ~~es~~ será responsable de los actos y omisiones de cualquier persona en la que haya delegado el cumplimiento de cualquiera de sus responsabilidades enunciadas en el presente capítulo, con inclusión de sus subcontratistas, empleados, representantes, y de cualquier otra persona que obre, directa o indirectamente, a petición suya o bajo su supervisión o control, como si fueran sus propios actos u omisiones. Con arreglo a la presente disposición, la responsabilidad sólo recaerá en el cargador cuando los actos u omisiones de la persona de que se trate entren en el ámbito del contrato, del empleo o del mandato de representación de dicha persona.[126]

CAPÍTULO 8. TÍTULOS DE TRANSPORTE Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Artículo 33.~~8.1~~ Emisión del título de transporte o del documento electrónico

Al entregar las mercancías a un porteador o a una parte ejecutante

a) ~~i)~~ el consignador tendrá derecho a obtener un título de transporte o, si el porteador accede a ello, un documento electrónico que pruebe que el porteador o la parte ejecutante han recibido las mercancías;

b) ~~ii)~~ el cargador o, si el cargador se lo indica así al porteador, la persona mencionada en el artículo 31 ~~7.7~~, tendrá derecho a obtener del porteador un título de transporte negociable apropiado, a menos que el cargador y el porteador, expresa o implícitamente, hayan convenido en no utilizar un título de transporte negociable, o

[125] Esta variante tiene la finalidad de reflejar el texto empleado en la variante C de los párrafos 1 y 2 del artículo 14. El Grupo de Trabajo tal vez desee optar por la variante de esta disposición que más corresponda a la variante de los párrafos 1 y 2 del artículo 14 que finalmente se adopte.

[126] Como se señalaba en los párrafos 169 y 170 del documento A/CN.9/510, el Grupo de Trabajo convino en que el párrafo 7.8 (ahora artículo 32) podía servir de base para ulteriores debates, sin perjuicio de las diversas objeciones que se habían formulado sobre su actual enunciado. Al término de las deliberaciones, se sugirió que se limitara el alcance del párrafo 7.8 (ahora artículo 32) de modo que se ciñera a las obligaciones delegables del cargador, dejando de lado las que no fueran delegables. Se convino en mantener el texto actual del párrafo 7.8 (ahora artículo 32) junto con la propuesta mencionada en el párrafo 161 del documento A/CN.9/510 como posible variante para el texto actual del párrafo 7.6 (ahora artículo 30), de modo que ambos textos pudieran volverse a examinar en un futuro período de sesiones del Grupo de Trabajo.

que, conforme a la costumbre, al uso o a la práctica del ramo, no se utilice dicho título. Si con arreglo al artículo 3 ~~2.1~~ el porteador y el cargador han convenido en utilizar un documento electrónico, el cargador tendrá derecho a obtener del porteador un documento electrónico negociable, a menos que hayan convenido en no utilizar un documento electrónico negociable o que en el ramo no exista la costumbre, el uso o la práctica de utilizar tal documento.[127]

Artículo 34. ~~8.2~~ Datos del contrato

1. ~~8.2.1~~ Los datos del contrato que figuran en el título de transporte o en el documento electrónico mencionados en el artículo 33 ~~8.1~~ deberán incluir

a) una descripción de las mercancías;

b) las marcas de identificación necesarias para señalar que se trata de las mercancías proporcionadas por el cargador antes de que el porteador o una parte ejecutante las reciba;

c)

i) el número de bultos, el número de piezas, o la cantidad de mercancías que haya proporcionado el cargador antes de que el porteador o una parte ejecutante reciba las mercancías[128] y

ii) el peso declarado por el cargador antes de que el porteador o una parte ejecutante reciba las mercancías;[129]

---

[127] Como se indicaba en el párrafo 25 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido del párrafo 8.1 (ahora artículo 33) era en general aceptable. Además, en relación con el inciso i) (ahora párrafo a)), se sugirió sustituir las palabras "título de transporte" por "recibo". Si bien en aras de la coherencia terminológica se prefirió en general la expresión "título de transporte", se reconoció que, al no tener que cumplir todo título de transporte, conforme a la definición del párrafo 1.20 (ahora artículo 1 k)), esa función de recibo probatorio de las mercancías otorgado por el porteador, era importante poner en claro que, a tenor del apartado 8.1 i) (ahora párrafo a)), se asignaba al título de transporte tal función. Además, como se señalaba en el párrafo 26 del documento A/CN.9/526, se planteó el problema de que el párrafo 8.1 (ahora artículo 33) podría obstaculizar algunas prácticas comerciales relativas a ciertos títulos de transporte, como los conocimientos de embarque del tipo "recibido para su envío" ("received for shipment") y "cargado a bordo" ("shipped on board"). Frente a este argumento se sostuvo que el párrafo 8.1 (ahora artículo 33) se había formulado en términos genéricos a fin de que englobara cualquier tipo de título de transporte que pudiera utilizarse en la práctica, incluido todo conocimiento de embarque especial o incluso ciertas cartas de porte no negociables.

[128] Como se señalaba en el párrafo 27 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que se agregaran esas palabras. En el párrafo 28 del mismo documento se indicaba que se había expresado preocupación por el hecho de que pudiera considerarse que esas palabras imponían al cargador una gran responsabilidad, particularmente si se interpretaba el artículo 8 (ahora artículos 33 a 40) en combinación con el párrafo 7.4 (ahora artículo 28). Se respondió que no debía entenderse que el apartado 8.2.1 (ahora párrafo 1) imponía al cargador ningún tipo de responsabilidad en virtud del proyecto de artículo 7 (ahora capítulo 7).

[129] En el párrafo 28 del documento A/CN.9/526 se expresaba cierta inquietud ante la posibilidad de que se entendiera que las palabras "declarado por el cargador antes de que el porteador o una parte ejecutante reciba las mercancías" imponían al cargador una gran responsabilidad, a lo que se respondió que con esta disposición no se pretendía imponer responsabilidades al cargador. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de sustituir las palabras "declarado por el

d) una declaración por la que se certifique que las mercancías están en buen estado y en buenas condiciones aparentes en el momento en que el porteador o una parte ejecutante las recibe para transportarlas;

e) el nombre y la dirección del porteador; y

f) la fecha

i) en que el porteador o una parte ejecutante recibieron las mercancías, o

ii) en que las mercancías fueron cargadas a bordo del buque, o

iii) en que se haya emitido el título de transporte o el documento electrónico.[130]

2. ~~8.2.2~~ Las palabras "en buen estado y en buenas condiciones aparentes" de las mercancías, en el ~~artículo~~ párrafo 1 ~~8.2.1~~ se entenderán referidas al estado y a las condiciones de las mercancías que se hayan comprobado tras

a) una inspección externa razonable de las mercancías según estén embaladas en el momento en que el cargador las entregue al porteador o a una parte ejecutante, y

b) cualquier inspección adicional que el porteador o una parte ejecutante realice efectivamente antes de emitir el título de transporte o el documento electrónico.[131]

Artículo 35 ~~8.2.3~~ Firma[132]

a) El título de transporte estará firmado por el porteador o por una persona que éste haya autorizado a tal efecto.

b) El documento electrónico estará autenticado por la firma electrónica del porteador o de una persona que éste haya autorizado para ello. A efectos de la presente disposición, por firma electrónica se entenderán los datos en forma electrónica consignados en el documento electrónico, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en

---

cargador" por las palabras "eventualmente declarado por el cargador", velando por la utilización de las mismas palabras en cada una de las disposiciones pertinentes.

[130] Como se indicaba en el párrafo 75 del documento A/CN.9/526, se sugirió que el Grupo de Trabajo estudiara la posibilidad de reformular el apartado 8.2.1 (ahora párrafo 1) insertando el nombre y la dirección del consignatario entre los datos del contrato que deberán consignarse en el título de transporte. Véanse también más abajo las modificaciones sugeridas del apartado 10.3.1 (ahora artículo 48). El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si el nombre y la dirección del consignatario deben figurar en una lista de elementos imperativos. El Grupo de Trabajo tal vez desee también examinar cómo se sancionará el incumplimiento de la obligación de proporcionar información imperativa. La sanción puede variar según si se trata de un título de transporte negociable o no negociable.

[131] En el párrafo 31 del documento A/CN.9/526 se observaba que el Grupo de Trabajo había considerado en general aceptable el contenido del apartado 8.2.2 (ahora párrafo 2).

[132] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si el concepto de "firma" debiera definirse como, por ejemplo, en el artículo 14 3) de las Reglas de Hamburgo, particularmente habida cuenta de las prácticas modernas.

relación con el documento electrónico e indicar que el porteador aprueba el documento electrónico.[133]

Artículo 36 ~~8.4~~ Deficiencias en los datos del contrato[134]

1. ~~8.2.4 Omisiones del contenido requerido en los datos del contrato~~

La ausencia de uno o más de los datos del contrato mencionados en el artículo 34 1) ~~8.2.1~~, o la inexactitud de uno o más de dichos datos, no afecta de por sí a la naturaleza o validez jurídicas del título de transporte o del documento electrónico.[135]

2. ~~8.4.1 Fecha~~

Si los datos del contrato incluyen la fecha pero no indican debidamente su significado, se considerará que la fecha es:

a) Cuando los datos del contrato indiquen que las mercancías han sido cargadas a bordo de un buque, la fecha en que todas las mercancías indicadas en el título de transporte o en el documento electrónico quedaron cargadas a bordo del buque; o

b) Cuando los datos del contrato no indiquen que las mercancías se cargaron a bordo de un buque, la fecha en que el porteador o una parte ejecutante recibieron las mercancías.[136]

[3. 8.4.2 Falta de identificación del porteador

Si los datos del contrato no identifican al porteador pero indican que las mercancías han sido cargadas a bordo de un buque determinado, se presumirá que el propietario inscrito del buque es el porteador. El propietario inscrito podrá rebatir esa presunción si prueba que el buque se hallaba bajo contrato con un fletador sin tripulación en el momento del transporte, lo que transfiere la responsabilidad contractual del transporte de las mercancías a un fletador identificado como fletador sin tripulación. [Si el propietario inscrito rebate la presunción de que es el porteador en virtud del presente artículo, se presumirá que el fletador sin tripulación en el

---

[133] Como se indicaba en el párrafo 32 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido del apartado 8.2.3 (ahora artículo 35) era en general aceptable, pero que tal vez procediera examinar ulteriormente la disposición a fin de verificar si se ajustaba al texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001). Al reformular el apartado, podría ser útil tener presentes los párrafos 2) y 3) del artículo 14 de las Reglas de Hamburgo.

[134] Esta disposición, que en el texto original figuraba en otro lugar, se ha trasladado aquí para una mayor coherencia.

[135] Como se señalaba en el párrafo 34 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido del apartado 8.2.4 (ahora párrafo 1) era en general aceptable.

[136] Tal como se indicaba en el párrafo 55 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido del apartado 8.4.1 (ahora párrafo 2) era aceptable en general, teniendo en cuenta la cuestión referente a los documentos electrónicos de que los términos “título de transporte o documento electrónico” se repetían en todas las disposiciones del capítulo 8 del proyecto de instrumento, y que esa repetición ponía de relieve la distinción entre los títulos de transporte y los documentos electrónicos, en lugar de centrarse en el contenido del documento conforme al espíritu del mandato del Grupo de Trabajo.

momento del transporte es el porteador, de la misma forma que se presume que el propietario inscrito es el porteador.]][137]

4. ~~8.4.3~~ ~~Orden y estado aparentes~~

Si los datos del contrato no indican que las mercancías estaban en buen estado y en buenas condiciones aparentes en el momento en que el porteador o una parte ejecutante las recibe del cargador, el título de transporte o el documento electrónico podría considerarse como prueba rebatible o prueba concluyente, según corresponda, con arreglo al artículo 39 ~~8.3.3~~, de que las mercancías estaban en buen estado y en buenas condiciones aparentes en el momento en que el cargador las entregó al porteador o a una parte ejecutante.[138]

Artículo 37. ~~8.3~~ Limitaciones relativas a la descripción de las mercancías en los datos del contrato

~~8.3.1~~ ~~En las circunstancias que se indican a continuación,~~ El porteador, si obra de buena fe cuando emite un título de transporte o un documento electrónico, podrá ~~precisar~~ limitar el alcance de la información mencionada en ~~el artículo~~ los apartados 34 1) a) ~~8.2.1 a)~~[139], 34 1) b) ~~8.2.1 b)~~ o 34 1) c) ~~8.2.1 c)~~ ~~con una cláusula apropiada que indique,~~ en las circunstancias y del modo que se especifican a continuación, a fin de indicar que el porteador no asume la responsabilidad por la exactitud de la información facilitada por el cargador:

a) En el caso de mercancías no transportadas en contenedores:

i) si el porteador puede demostrar que carecía de medios razonables para verificar la información facilitada por el cargador, ~~puede incluir una cláusula apropiada limitativa~~ podrá dar cuenta de ello en los datos del contrato, indicando la información a que se refiera, o

ii) si el porteador estima razonablemente que la información facilitada por el cargador es inexacta, ~~puede~~ podrá incluir una cláusula que indique lo que entiende por información razonablemente exacta.

b) En el caso de mercancías entregadas al porteador o a una parte ejecutante en un contenedor cerrado, a menos[140] que el porteador o una parte ejecutante

---

137 Como se indicaba en el párrafo 60 del documento A/CN.9/526, en el Grupo de Trabajo predominó la opinión de que el apartado 8.4.2 (ahora párrafo 3) planteaba un problema serio que debía tratarse en el proyecto de instrumento, pero que la cuestión requería un estudio más detenido de otros medios aptos para resolver el problema, y el enunciado actual de la disposición aún no era satisfactorio. El Grupo de Trabajo decidió mantener el apartado 8.4.2 (ahora párrafo 3) entre corchetes en el proyecto de instrumento y examinarlo con mayor detenimiento en una fecha ulterior.

138 Como se indicaba en el párrafo 61 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido del apartado 8.4.3 (ahora párrafo 4) era en general aceptable.

139 En el párrafo 36 del documento A/CN.9/526 se sugirió que se agregara a esta disposición una referencia al apartado 8.2.1 a) (ahora artículo 34 1) a)).

140 Las palabras "a menos que el porteador o una parte ejecutante inspeccione efectivamente las mercancías colocadas dentro del contenedor u obtenga de otra forma un conocimiento efectivo del contenido del contenedor antes de que se emita el título de transporte, siempre y cuando, en tal caso, el porteador pueda incorporar tal cláusula a los datos del contrato si considera razonablemente que la información facilitada por el cargador sobre el contenido del contenedor

inspeccione efectivamente las mercancías colocadas dentro del contenedor u obtenga de otra forma un conocimiento efectivo del contenido del contenedor antes de que se emita el título de transporte, siempre y cuando, en tal caso, el porteador pueda incorporar tal cláusula a los datos del contrato si considera razonablemente que la información facilitada por el cargador sobre el contenido del contenedor es inexacta[141], el porteador podrá incluir en los datos del contrato una cláusula limitativa ~~apropiada~~ sobre:

i) las marcas de identificación en las mercancías colocadas en el contenedor, o

ii) el número de bultos, el número de piezas o la cantidad de mercancías colocadas en el contenedor.

c) En el caso de las mercancías entregadas al porteador o a una parte ejecutante en un contenedor cerrado, el porteador podrá limitar el alcance de toda declaración del peso de las mercancías o del peso de un contenedor y de su contenido declarando explícitamente que no ha pesado el contenedor:

i) si el porteador puede demostrar que ni él ni una parte ejecutante han pesado el contenedor, y

si el cargador y el porteador no han convenido antes del transporte en que el contenedor debía pesarse y en que el peso debía figurar entre los datos del contrato, o

ii) si el porteador puede demostrar que no ha habido ninguna posibilidad comercialmente razonable de comprobar el peso del contenedor[142].

---

es inexacta", que inicialmente figuraban al final del párrafo, se han trasladado a la introducción para dejar en claro que se aplican a todo el párrafo.

141 Como se indicaba en el párrafo 36 del documento A/CN.9/526, se sugirió asimismo que se incluyera también en el apartado 8.3.1 b) (ahora párrafo b)) un texto del tenor del inciso 8.3.1 a) ii) (ahora inciso a) ii)) para regular el caso en que el porteador considere razonablemente que la información facilitada por el cargador sobre el contenido del contenedor es inexacta. El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de las sugerencias formuladas en el párrafo 37 del documento A/CN.9/526 en el sentido de que se requiriera al porteador que decidiera admitir con reservas la información mencionada en el título de transporte que especificara las razones para esa limitación, y que el proyecto de instrumento regulara el caso en que el porteador aceptara sin reservas la descripción de las mercancías, por ejemplo, para no interferir en un crédito documentario, pero obtuviera una garantía del cargador. Otra sugerencia fue que, cuando el porteador, obrando de mala fe, hubiera evitado voluntariamente formular reservas acerca de la información consignada en los datos del contrato, se sancionara su conducta y dicho porteador no pudiera acogerse a ninguna limitación de responsabilidad.

142 Como se señalaba en el párrafo 36 del documento A/CN.9/526, se sugirió que se agregaran al texto de la disposición palabras que abarcaran el supuesto en que no hubiera posibilidad comercialmente razonable de pesar el contenedor. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la finalidad de este inciso es armonizar el texto con la disposición relativa a los medios razonables de verificación, en el artículo 38.

Artículo 38. ~~8.3.2~~ Medios razonables de verificación y buena fe

A los efectos del artículo 37 ~~8.3.1~~:

a) Un "medio razonable de verificación" deberá ser no sólo físicamente practicable sino también comercialmente razonable;

b) ~~un~~ El porteador "obra de buena fe" cuando emite un título de transporte o un documento electrónico si:

i) el porteador no tiene conocimiento efectivo de que ninguna declaración material en el título de transporte o en el documento electrónico sea materialmente falsa o induzca a error, y si

ii) el porteador no ha dejado intencionadamente de determinar si una declaración material en el título de transporte o en el documento electrónico es materialmente falsa o induce a error porque estima que la declaración será probablemente falsa o inducirá a error.

c) La carga de la prueba, si ~~un~~ el porteador ha obrado de buena fe al emitir un título de transporte o un documento electrónico, recae en la parte que alega que el porteador no ha obrado de buena fe[143].

Artículo 39 ~~8.3.3~~ Prueba rebatible y prueba concluyente

A reserva de lo que disponga el artículo 40 ~~8.3.4~~, un título de transporte o un documento electrónico que prueba la recepción de las mercancías será

a) prueba rebatible de que el porteador ha recibido las mercancías según se describían en los datos del contrato; y

b) prueba concluyente de que el porteador ha recibido las mercancías según se describían en los datos del contrato

[i)] si, obrando de buena fe, se ha transferido a un tercero un título de transporte negociable o un documento electrónico negociable [o

ii) Variante A del inciso b) ii)[144]

si una persona obrando de buena fe ha concedido valor o ha modificado de otra forma su posición confiando en la descripción de las mercancías en los datos del contrato].

Variante B del inciso b) ii)

Si no se ha emitido ningún título de transporte negociable o ningún documento electrónico negociable y el consignatario ha comprado y pagado las mercancías confiando en la descripción de dichas mercancías en los datos del contrato.][145]

---

[143] Como se indicaba en el párrafo 43 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido del apartado 8.3.2 (ahora artículo 38) era en general aceptable.

[144] La variante A del inciso b) ii) se basa en el texto original del proyecto de instrumento.

[145] Como se señalaba en el párrafo 48 del documento A/CN.9/526, la opinión predominante en el Grupo de Trabajo fue mantener el inciso 8.3.3 b) ii) (ahora inciso b) ii)) entre corchetes, y pedir

Artículo 40 ~~8.3.4~~ Efecto probatorio de las cláusulas de limitación

Si los datos del contrato incluyen una cláusula de limitación que cumple los requisitos establecidos en el artículo 37 ~~8.3.1~~, el título de transporte no constituirá una prueba rebatible o una prueba concluyente con arreglo al artículo 39 ~~8.3.3~~, en la medida en que la descripción de las mercancías esté subordinada a una cláusula de limitación[146].

---

a la Secretaría que introdujera en él las modificaciones necesarias, teniendo debidamente en cuenta las opiniones expresadas y las sugerencias hechas en los párrafos 45 a 47.

146 Como se observaba en los párrafos 50 a 52 del documento A/CN.9/526, aunque la idea de reformular el apartado 8.3.4 (ahora artículo 40) había recibido cierto apoyo, prevaleció la opinión de que debía mantenerse su contenido en el texto para proseguir el debate en un futuro período de sesiones.

El Grupo de trabajo tal vez desee también estudiar la variante del apartado 8.3.4 (ahora artículo 40) que se sugiere en los párrafos 153 y 154 del documento A/CN.9/WG.III/WP.21, cuyo texto es el siguiente:

40 1) "Si los datos del contrato incluyen una cláusula limitativa, el título de transporte no constituirá prueba rebatible ni prueba concluyente con arreglo al artículo 39 ~~8.3.3~~, en la medida en que la descripción de las mercancías esté limitada por la cláusula cuando ésta sea "eficaz" con arreglo al párrafo 2 ~~8.3.5~~."

En tal caso, sería necesario agregar al texto un nuevo artículo 8.3.5 (quizá como párrafo 2) que dispusiera lo siguiente:

2. "Una cláusula limitativa en los datos del contrato será eficaz a los efectos del párrafo 1 ~~8.3.4~~ en las siguientes circunstancias:

a) Para las mercancías que no se transporten en contenedores, una cláusula limitativa que cumpla los requisitos del artículo 37 ~~8.3.1~~ será eficaz según sus propios términos.

b) Para las mercancías que se transporten en un contenedor cerrado, una cláusula que cumpla los requisitos del artículo 37 ~~8.3.1~~ será eficaz según sus propios términos si

i) el porteador o una parte ejecutante entrega el contenedor intacto y sin daños, exceptuando los daños sufridos por el contenedor que no hayan causado pérdidas de mercancías o daños en éstas; y

ii) no existe prueba alguna de que después de que el porteador o una parte ejecutante hayan recibido el contenedor, éste haya sido abierto antes de la entrega, salvo si

1) el contenedor fue abierto a efectos de inspección,

2) la inspección se hizo debidamente ante testigos, y

3) el contenedor volvió a cerrarse debidamente después de la inspección, y volvió a sellarse si estaba sellado antes de la inspección."

CAPÍTULO 9. FLETE[147]

Artículo 41

[1. ~~9.1.~~ ~~a)~~ El flete será exigible cuando se entreguen las mercancías al consignatario en el momento y el lugar mencionados en el artículo 7 3) ~~4.1.3~~, [y será pagadero cuando sea exigible.][148], a menos que las partes hayan convenido en que el flete sea total o parcialmente exigible en un momento anterior.

2. ~~b)~~ A menos que se haya convenido otra cosa, el flete por mercancías que se hayan perdido no será pagadero antes de que el flete por dichas mercancías sea exigible.

Artículo 42

Variante A[149]

1. ~~9.2~~ ~~a)~~ El flete será pagadero cuando sea exigible, a menos que las partes hayan convenido en que el flete sea total o parcialmente pagadero en un momento anterior o posterior.

2. ~~b)~~ Si con posterioridad al momento en que el flete pase a ser exigible las mercancías se pierden, resultan dañadas o por otra razón no se entregan al consignatario de conformidad con las disposiciones del contrato de transporte, el flete ~~sigue~~ seguirá siendo pagadero independientemente de la causa de la pérdida o del daño o de la razón por la cual no se hayan entregado las mercancías.

3. ~~c)~~ A menos que se convenga otra cosa, el pago del flete no podrá ser objeto de compensación, deducción o descuento por motivo de cualquier crédito que el cargador o el consignatario puedan tener frente al porteador, [cuando aún no se haya convenido o establecido el endeudamiento de éste o el importe del crédito que las otras partes tengan frente a él].

---

147 A modo de observación general, en el párrafo 172 del documento A/CN.9/510 se indicó que ni el régimen de La Haya ni el de Hamburgo contenía disposiciones sobre el flete, por lo que se puso en duda que resultara beneficioso que el proyecto de instrumento regulara esta cuestión. En el mismo párrafo se formularon otras reservas sobre la inclusión en el instrumento de disposiciones sobre el flete por estimarse que esas prácticas variaban mucho de un ramo industrial a otro. En el párrafo 183 del mismo documento se convino en que se reestructurara el proyecto de disposición fusionando los párrafos 9.1 a) (ahora artículo 41 1)) y 9.2 b) (ahora artículo 42 2) en una única disposición, mientras que el párrafo 9.1 b) (ahora artículo 41 2)) seguiría como está y se fusionarían también los párrafos 9.2 b) y c) (ahora artículos 42 2) y 3)). Se convino también provisionalmente en que se aclarara debidamente el texto de los párrafos 9.2 b) y c) (ahora artículos 42 2) y 3)) a fin de limitar su aplicación a supuestos en los que las partes hubieran concertado un acuerdo expreso.

148 Como se señalaba en el párrafo 174 del documento A/CN.9/510, hubo acuerdo general en que el principio de la autonomía contractual fuera aplicable tanto a la determinación del momento en que el flete fuera exigible, o naciera el derecho a cobrarlo, como a la determinación del momento en el que el flete pasaba a ser pagadero o cobrable. Véase también el párrafo 183 del mismo documento.

149 La variante A del artículo 42 se basa en el texto original del proyecto de instrumento.

Variante B[150]

Si con posterioridad al momento en que el flete pase a ser exigible las mercancías se pierden, resultan dañadas o por otra razón no se entregan al consignatario de conformidad con las disposiciones del contrato de transporte, a menos que se convenga otra cosa, el flete seguirá siendo pagadero independientemente de la causa de la pérdida o del daño o de la razón por la cual no se hayan entregado las mercancías; el pago del flete tampoco podrá ser objeto de compensación, deducción o descuento por motivo de cualquier crédito que el cargador o el consignatario puedan tener frente al porteador [, cuando aún no se haya convenido o establecido el endeudamiento de éste o el importe del crédito que las otras partes tengan frente a él][151].

Artículo 43

1. ~~9.3~~ ~~a)~~ A menos que se convenga otra cosa, el cargador será responsable del pago del flete y de otras cargas que se deriven del transporte de las mercancías.

2. ~~b)~~ Si el contrato de transporte estipula que la responsabilidad del cargador o de cualquier otra persona que figure identificada como cargador en los datos del contrato se extinguirá total o parcialmente si se produce un determinado hecho o después de un determinado momento, tal extinción no será válida:

a) ~~i)~~ por lo que se refiere a cualquier responsabilidad que imponga el capítulo 7 al cargador o a una persona mencionada en el artículo 31 ~~7.7~~; o

b) ~~ii)~~ por lo que se refiere a cualquier cantidad pagadera al porteador con arreglo al contrato de transporte, excepto cuando el porteador disponga de una garantía adecuada conforme al artículo 45 ~~9.5~~ o de alguna otra garantía para el pago de dichas cantidades.

c) ~~iii)~~ en la medida que no se ajuste ~~a las disposiciones del~~ al artículo 62 ~~12.4~~.[152]

Artículo 44

1. ~~9.4~~ ~~a)~~ Si los datos del contrato que figuren en un título de transporte negociable[153] o en un documento electrónico negociable[154] contienen la declaración

[150] Véase la nota 147 *supra* (párrafo 183 del documento A/CN.9/510).

[151] Como se observaba en el párrafo 182 del documento A/CN.9/510, recibió un amplio apoyo la idea de incluir en el proyecto de disposición las palabras que figuraban entre corchetes ("cuando aún no se haya convenido o establecido el endeudamiento de éste o el importe del crédito que las otras partes tengan frente a él").

[152] Como se indicaba en el párrafo 189 del documento A/CN.9/510, el Grupo de Trabajo tomó nota de las críticas formuladas sobre la disposición 9.3 b) (ahora párrafo 2) (recogidas en los párrafos 185 a 188 del documento A/CN.9/510) y decidió aplazar su decisión al respecto hasta que se hubiera examinado con mayor detenimiento la cuestión y, en particular, el contexto práctico en que habría de aplicarse.

[153] En el párrafo 110 del documento A/CN.9/525 se señalaba el comentario de que el enunciado del apartado 9.4 a) (ahora párrafo 1) era demasiado radical al exonerar al tenedor y al consignatario de toda responsabilidad por el pago del flete, y la sugerencia de que tal vez sería mejor crear una presunción de ausencia de deuda en concepto de flete. No obstante, se expresó también la opinión de que el apartado 9.4 a) (ahora párrafo 1) no debía crear la presunción de que el flete

"flete pagado de antemano" o una declaración de naturaleza análoga, ni el tenedor ni el consignatario serán responsables del pago del flete. La presente disposición no ~~se aplica~~ será aplicable si el tenedor o el consignatario es también el cargador.

[Si los datos del contrato que figuren en un título de transporte no negociable o en un documento electrónico no negociable contienen la declaración "flete pagado de antemano" o una declaración de naturaleza análoga, se presumirá que el cargador será responsable del pago del flete.][155]

2. ~~b)~~ Variante A del párrafo 2[156]

Si los datos del contrato que figuren en un título de transporte o en un documento electrónico contienen la declaración "flete pendiente de pago" o una declaración de naturaleza análoga, [el consignatario quedará advertido de que podrá ser responsable del pago del flete] [el derecho del consignatario a que se le entreguen las mercancías dependerá de que haya efectuado el pago del flete].[157]

Variante B del párrafo 2

Si los datos del contrato que figuren en un título de transporte o en un documento electrónico contienen la declaración "flete pendiente de pago" o una declaración de naturaleza análoga, se entenderá que, además del cargador, todo tenedor o consignatario al que se haga entrega de las mercancías o que ejerza algún derecho respecto de ellas pasará a ser responsable del flete.[158]

---

había sido pagado de antemano. Una posible solución del problema reseñado en el párrafo 110 consistiría en hacer una distinción entre los títulos de transporte y los documentos electrónicos negociables y los no negociables.

154 Ibíd.

155 Véase la nota 153 *supra*.

156 La variante A del párrafo 2 se basa en el texto original del proyecto de instrumento.

157 Véase la nota 153 *supra*.

158 Como se señalaba en el párrafo 111 del documento A/CN.9/525, se sostuvo que los proyectos de párrafo 12.2.2 y 12.2.4 (ahora artículos 60 2) y 62) guardaban una estrecha relación con el apartado 9.4 b) (ahora párrafo 2), por lo que estas disposiciones deberían examinarse simultáneamente. Se observó que si el consignatario asumía la responsabilidad por el suministro de las mercancías, debería ser también responsable del flete. Al mismo tiempo, se observó que el apartado 9.4 b) (ahora párrafo 2) podía servir para indicar o advertir que el flete aún estaba pendiente de pago. Sin embargo, se señaló que el pago del flete debería ser un requisito para que el consignatario pudiera recibir las mercancías, y no una obligación. Se señaló además que el apartado 9.4 b) (ahora párrafo 2) debería centrarse en el pago del flete en sí, y no en quién debería estar obligado a abonar el flete pendiente. Como se indicaba en el párrafo 112 del documento A/CN.9/525, a fin de paliar el problema planteado, se propuso que se sustituyeran las palabras "el consignatario quedará advertido de que podrá ser responsable del pago del flete" por las palabras "el pago del flete será un requisito para que el consignatario pueda ejercer el derecho a que se le entreguen las mercancías". En el párrafo 113 del documento A/CN.9/525 se recogía el texto de una variante sugerida para superar los problemas mencionados en los párrafos 111 y 112.

Artículo 45

1. ~~9.5~~ ~~a)~~ [Independientemente de cualquier acuerdo que se haya concertado en sentido contrario,] si con arreglo a la legislación nacional aplicable al contrato de transporte corresponde al consignatario pagar

a) ~~i)~~ el flete, el flete falso, la sobreestadía, los daños por detención y todos los demás costos reembolsables que haya tenido el porteador en relación con las mercancías,

b) ~~ii)~~ todos los daños adeudados al porteador en virtud del contrato de transporte,

c) ~~iii)~~ toda contribución por avería gruesa adeudada al porteador en relación con las mercancías,

el porteador tendrá derecho a retener las mercancías hasta que se hayan efectuado dichos pagos o hasta que se haya aportado una garantía adecuada de que tales pagos serán efectuados.

2. ~~b)~~ Cuando el pago referido en el párrafo 1 ~~a)~~ del presente artículo no se haya efectuado, o no se haya efectuado en su totalidad, el porteador tendrá derecho a vender las mercancías (conforme al procedimiento que, en su caso, prevea la legislación nacional aplicable) y a cobrar las sumas que se le adeuden (incluido el costo de dicho recurso) con el producto de la venta. Una vez deducido el importe adeudado, el saldo de dicha venta se pondrá a disposición del consignatario.[159]

CAPÍTULO 10. ENTREGA AL CONSIGNATARIO

Artículo 46

~~10.1~~ Cuando las mercancías hayan llegado a su punto de destino, el consignatario [que ejercite cualquiera de sus derechos con arreglo al contrato de transporte][160] deberá aceptar la entrega de las mercancías en el momento y lugar mencionados en el artículo 7 3) ~~4.1.3~~. [Si el consignatario, infringiendo esta obligación, deja las mercancías bajo la custodia del porteador o de la parte ejecutante, el porteador o la parte ejecutante actuarán respecto de las mercancías en calidad de agentes del consignatario, pero sin responsabilidad alguna por la pérdida o daño de esas mercancías, salvo que dicha pérdida o daño resulte de algún acto u omisión personal del porteador [o de la parte ejecutante][161] efectuado con la intención de causar dicha

[159] Si bien el texto del párrafo 9.5 (ahora artículo 45) fue objeto de duras críticas en los párrafos 115 a 122 del documento A/CN.9/525, no se había pedido a la Secretaría que preparara un nuevo texto o una variante. En el párrafo 123 del mismo documento se señalaba que el Grupo de Trabajo había decidido mantener en el proyecto de instrumento el texto del párrafo 9.5 (ahora artículo 45) con objeto de seguir examinándolo ulteriormente.

[160] Como se observó en el párrafo 67 del documento A/CN.9/526, se expresó preferencia por no supeditar la obligación de aceptar la entrega al ejercicio de algún derecho por el consignatario, sino hacer que dicha obligación sea incondicional.

[161] Como se observó en el párrafo 70 del documento A/CN.9/526, se sugirió que el interés en que toda parte ejecutante sea responsable de todo acto u omisión que le sea imputable en su calidad de porteador, con arreglo a la segunda oración del párrafo 10.1 (ahora artículo 46) quedaría más

pérdida o dicho daño, o con negligencia temeraria y a sabiendas de que era probable que de ello resultara dicha pérdida o daño.]162

Artículo 47

~~10.2~~ De solicitarlo el porteador o la parte ejecutante que haga entrega de las mercancías, el consignatario deberá confirmar la entrega de las mercancías por el porteador o por la parte ejecutante en la forma que sea habitual en el lugar de destino.163

Artículo 48

~~10.3.1~~ De no haberse emitido ni título de transporte negociable ni documento electrónico negociable alguno:

a) ~~i)~~ Caso de que no figure entre los datos del contrato, el nombre y la dirección del consignatario, la parte controladora deberá comunicar al porteador dichos datos antes de que las mercancías lleguen a su lugar de destino o a la llegada de las mismas a dicho lugar; ~~el nombre del consignatario.~~164

b) ~~ii)~~ Variante A del párrafo b)165

El porteador hará la entrega al consignatario de las mercancías en el momento y el lugar mencionados en el artículo 7 3) ~~4.1.3~~ al serle presentado por el consignatario algún medio de identificación adecuado;.166

claramente expresado si se añadiera el texto "o de la parte ejecutante" a continuación del texto "acto u omisión personal del porteador".

162 Como se observó en el párrafo 67 del documento A/CN.9/526, se sugirió que cabría fusionar el párrafo 10.1 (ahora artículo 46) y 10.4 (ahora artículos 50, 51 y 52), o que cabría suprimir la segunda oración del párrafo 10.1 (ahora artículo 46) a fin de reducir la confusión a que daría lugar la aplicación combinada de los párrafos 10.1 (ahora artículo 46) y 10.4 (ahora artículo 50, 51 y 52), y que cabría enunciar por separado las reglas del párrafo 10.4 (ahora artículos 50, 51 y 52). Se ha optado por la segunda de estas alternativas, y se ha colocado entre corchetes la última oración del artículo 46.

163 Como se observó en el párrafo 73 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido del párrafo 10.2 (ahora artículo 47) era en general aceptable.

164 Como se indicó en el párrafo 77 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estimó que los principios incorporados en el apartado 10.3.1 (ahora artículo 48) eran en general aceptables. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado en el que se prestara la debida atención a las opiniones y sugerencias formuladas.
Se ha incorporado al texto la sugerencia que se cita en el párrafo 75 del documento A/CN.9/526, relativa a la identidad del consignatario. Véase también la nota del apartado 8.2.1 (ahora artículo 34 1)), y *supra*, nota 130.

165 La variante A del párrafo b) está basada en el texto original del proyecto de instrumento.

166 En el párrafo 76 del documento A/CN.9/526 se sugirió reformular el inciso 10.3.1 ii) (ahora párrafo b)) enunciando el derecho del porteador a denegar la entrega caso de no serle presentado un medio de identificación adecuado, sin transformar dicho derecho del porteador en una obligación suya, lo que se ha procurado reflejar en el texto de la variante B y de la variante C.

Variante B del párrafo b)

El consignatario deberá presentar algún medio de identificación adecuado como requisito para poder reclamar la entrega.

Variante C del párrafo b)

El porteador podrá denegar la entrega al consignatario si éste no presenta algún medio de identificación adecuado.

c) ~~iii)~~ De no reclamar el consignatario al porteador la entrega de las mercancías, tras su llegada al lugar de destino, el porteador deberá informar al respecto a la parte controladora o, caso de no haber podido identificarla tras una gestión razonable a dicho fin, deberá informar al cargador. De haber obrado así, dicha parte controladora o dicho cargador deberá darle instrucciones en lo concerniente a la entrega de las mercancías. En el supuesto de que, tras una gestión razonable al respecto, el porteador no haya conseguido identificar y encontrar ni a la parte controladora ni al cargador, para los fines del presente párrafo se considerará a la persona mencionada en el artículo 31 ~~7.7~~ como cargador de las mercancías.[167]

Artículo 49

~~10.3.2~~ De haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico negociable, serán aplicables las siguientes disposiciones:

a) i) A reserva ~~de las disposiciones del~~ lo dispuesto en el artículo 46 ~~10.1~~, el tenedor de un título de transporte negociable tendrá derecho a reclamar al porteador la entrega de las mercancías una vez que hayan llegado a su lugar de destino, en cuyo caso el porteador deberá entregarlas a dicho tenedor en el momento y el lugar mencionados en el artículo 7 3) ~~4.1.3~~, previa devolución por éste del título de transporte negociable. En el supuesto de que se haya emitido más de un original de dicho título, bastará con devolver uno solo, ya que los demás originales dejarán de tener todo efecto o validez.

ii) A reserva ~~de las disposiciones del~~ de lo dispuesto en el artículo 46 ~~10.1~~, el tenedor de un documento electrónico tendrá derecho a reclamar al porteador la entrega de las mercancías, una vez que hayan llegado a su lugar de destino, en cuyo caso el porteador hará entrega de las mercancías, en el momento y el lugar mencionados en el artículo 7 3) ~~4.1.3~~, a dicho tenedor, si éste demuestra, de conformidad con las reglas de procedimiento mencionadas en el artículo 6 ~~2.4~~, ser el tenedor del documento electrónico. A raíz de dicha entrega, el documento electrónico dejará de tener todo efecto o validez.[168]

---

[167] Como se indicó en el párrafo 82 del documento A/CN.9/526, se sugirió, al examinarse el apartado 10.3.2b) (ahora artículo 49 b)), que los principios enunciados en dicho apartado deberían ser igualmente aplicables al supuesto de que no se hubiera emitido ningún título negociable. Se ha insertado a dicho fin una nueva disposición numerada inciso 10.3.1 iii) (ahora párrafo c)).

[168] A reserva de la cautela expresada en el párrafo 80 del documento A/CN.9/526, en el sentido de que el Grupo de Trabajo debía ponderar con sumo cuidado los diversos derechos y obligaciones de las partes, así como sus consecuencias, a fin de llegar a una solución equilibrada y viable, conforme se observó en el párrafo 81 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estimó

b) Si el tenedor no reclama del porteador la entrega de las mercancías, una vez que hayan llegado a su lugar de destino, el porteador deberá informar de ello a la parte controladora o si no ha conseguido identificar o encontrar, tras una gestión razonable a dicho fin, a la parte controladora, deberá informar al cargador. En dicho caso la parte controladora o el cargador darán instrucciones al porteador para la entrega de las mercancías. En el supuesto de que, tras una gestión razonable, el porteador no haya conseguido identificar y encontrar ni a la parte controladora ni al cargador, para los fines del presente párrafo se tendrá por cargador a la persona mencionada en el artículo 31 ~~7.7~~.[169]

c) [Pese a lo dispuesto en el párrafo d] del presente artículo,][170] ~~un~~ el porteador que haga entrega de las mercancías a raíz de una orden recibida de la parte controladora o del cargador, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo b) del presente artículo, ~~queda~~ quedará liberado de su obligación nacida del contrato de transporte, de hacer entrega de las mercancías [al tenedor], con independencia de que le haya sido devuelto el título de transporte negociable o de que la persona que reclame la entrega en virtud de un documento electrónico negociable consiga demostrar, de conformidad con las reglas de procedimiento mencionadas en el artículo 6 ~~2.4~~, que es el tenedor.

d) [A reserva de lo dispuesto en el anterior párrafo c),][171] de efectuar el porteador la entrega de las mercancías en el lugar de destino sin que le haya sido devuelto el título de transporte negociable o sin que el tenedor del documento electrónico haya efectuado la demostración mencionada en el anterior apartado a) ii), todo tenedor que pase a serlo, una vez que el porteador haya hecho entrega de las mercancías al consignatario o a alguna persona con derecho a dicha entrega en virtud de un arreglo contractual o de otra índole, distinto del contrato de transporte,

---

que el contenido de los apartados 10.3.2 a) i) y ii) (ahora párrafos a) i) y ii)) era en general aceptable.

[169] La primera sugerencia que se hizo del párrafo 82 del documento A/CN.9/526, en el sentido de que el porteador debería estar obligado a aceptar el título de transporte negociable y a notificar a la parte controladora en el supuesto de que el tenedor del título no reclamara la entrega, parece estar ya recogida en el apartado 10.3.2 b) (ahora párrafo b)). La segunda sugerencia que se hizo en el párrafo 82 del documento A/CN.9/526 en el sentido de que dicho apartado debería señalar las consecuencias que tendría para el porteador el hecho de no haber dado aviso a la parte controladora o al cargador o presunto cargador no ha sido incorporada al texto revisado, por haber sido objeto de reparos.

[170] Como se observó en el párrafo 83 del documento A/CN.9/526, no se veía claro cuál sería el efecto combinado de los apartados 10.3.2 c) y d) (ahora párrafos c) y d)), dado que el tenedor de buena fe gozaría de cierta protección jurídica conforme a esta última disposición, pero sin que estuviera claro cuál sería exactamente su situación jurídica. Se pidió que se aclarara el sentido del texto a este respecto. Debe observarse que ya existe cierto vínculo entre los apartados 10.3.2 c) y d) (ahora párrafos c) y d)), dado que el apartado 10.3.2 c) (ahora párrafo c)) comienza con el texto "pese a lo dispuesto en el párrafo d) del presente artículo". Se trata de un recurso técnico ya utilizado en otras disposiciones del proyecto de instrumento, como los párrafos 5.3 (ahora artículo 12) y 6.1.3 (ahora artículo 14 2)). Existen otras posibilidades como la de iniciar el párrafo d) con las palabras "A reserva de lo dispuesto" o la de insertar al final de dicho párrafo una nueva oración que diga "Lo dispuesto en el párrafo d) no será aplicable si el porteador entrega de las mercancías de conformidad con lo dispuesto en el párrafo c) del presente artículo". Se han colocado provisionalmente entre corchetes las diversas variantes ofrecidas.

[171] Como se observó en el párrafo 83 de A/CN.9/526. Véase *supra* nota 170.

adquirirá únicamente derechos [frente al porteador][172] en el marco del contrato de transporte, si el traspaso del título de transporte negociable o del documento electrónico negociable se efectuó en virtud de un arreglo contractual o de otra índole concertado antes de la mencionada entrega de las mercancías, salvo que dicho tenedor, cuando pasó a serlo, no tuviera ni pudiera haber tenido razonablemente conocimiento de dicha entrega. [El presente párrafo no será aplicable si el porteador efectuó la entrega de las mercancías con arreglo a lo dispuesto en el anterior párrafo c).][173]

e) Si la parte controladora o el cargador no dan al porteador las instrucciones debidas para la entrega de las mercancías [o en supuestos en los que no sea posible encontrar ni a la parte controladora ni al cargador][174], el porteador, sin perjuicio de ningún otro remedio de que disponga frente a la parte controladora o al cargador, podrá ejercitar sus derechos conforme a lo previsto en los artículos 50, 51 y 52 ~~10.4~~.

Artículo 50

1. ~~10.4.1 a)~~ Si las mercancías han llegado a su lugar de destino y

a) ~~i)~~ si el consignatario no se hace efectivamente cargo de las mercancías en el momento y en el lugar mencionados en el artículo 7 3) ~~4.1.3~~ [y si no se ha concluido ningún contrato explícito o implícito entre el porteador o la parte ejecutante y el consignatario, que suceda al contrato de transporte][175]; o

b) ~~ii)~~ si el porteador no está autorizado, conforme a la normativa legal o reglamentaria aplicable, a hacer entrega al consignatario de las mercancías,

---

[172] En los párrafos 83 a 88 del documento A/CN.9/526 pueden verse diversas observaciones y explicaciones respecto del apartado 10.3.2 d) (ahora párrafo d)). La primera inquietud expresada en el párrafo 88 de A/CN.9/526 es la de que deberían precisarse mejor los derechos del tenedor en cuyo poder obrara un título de transporte negociable tras la entrega de las mercancías. Se pensó que la solución tal vez estuviera en indicar en apartado d) que dicho tenedor adquiriría derechos frente al porteador, conforme se expresa con las palabras insertadas entre corchetes en dicho texto. Cabría también añadir que esos derechos nacen del incumplimiento por el porteador de su obligación conforme al párrafo 5.1 (ahora artículo 10), aun cuando ello tal vez no sea aconsejable. Cabe señalar también a la atención la nueva formulación, de alcance muy superior, que se sugiere, más adelante, para el párrafo 13.1 (ahora artículo 59). La inquietud expresada en el párrafo 88 de A/CN.9/526 respecto de la posible incertidumbre del texto "no tuviera ni pudiera haber tenido razonablemente conocimiento de dicha entrega" no ha sido expresamente abordada.

[173] Conforme se indicó en el párrafo 83 de A/CN.9/526. Véase *supra* nota 170.

[174] Se ha insertado este texto a raíz de la sugerencia formulada en el párrafo 89 del documento A/CN.9/526 de que se alineara el apartado 10.3.2 e) (ahora párrafo e) con el apartado 10.3.2 b) ahora párrafo b) mediante la inserción de esta frase.

[175] Como se observó en el párrafo 92 del documento A/CN.9/526, se expresó inquietud respecto de la frase "no se ha concluido ningún contrato explícito o implícito entre el porteador o la parte ejecutante y el consignatario, que suceda al contrato de transporte" por considerar que su texto resultaba confuso, ya que podría referirse al contrato de almacenamiento de las mercancías, si era el que sucedía "al contrato de transporte", y se dijo que la noción de "explícito o implícito" era difícil de entender, razón por la cual se ha colocado dicho texto entre corchetes para su eventual supresión.

el porteador podrá entonces hacer uso de todo derecho o recurso mencionado en el párrafo 2 ~~b)~~.

2. ~~b)~~ De darse las circunstancias especificadas en el párrafo 1 ~~a)~~, el porteador podrá hacer uso, por cuenta y riesgo y a expensas[176] de la persona con derecho a las mercancías, de algunos o de la totalidad de los derechos y recursos siguientes:

a) ~~i)~~ almacenar las mercancías en algún lugar adecuado;

b) ~~ii)~~ desembalar las mercancías si se encuentran en contenedores, o tomar toda otra medida que, en opinión del porteador, venga razonablemente impuesta por las circunstancias; o

c) ~~iii)~~ hacer que las mercancías se vendan de conformidad con las prácticas, o las prescripciones legales o reglamentarias, del lugar donde las mercancías se encuentren en dicho momento.

3. ~~c)~~ De venderse las mercancías con arreglo a lo previsto en el párrafo 2c) ~~b) iii)~~, el porteador podrá deducir del producto de la venta la suma necesaria para

a) ~~i)~~ pagar o reembolsar todo gasto en el que se haya incurrido respecto de las mercancías; y

b) ~~ii)~~ abonarse o reembolsarse toda otra suma mencionada en el artículo 45(1) ~~9.5 a)~~ que le sea debida, a título de porteador.

A reserva de esas deducciones, el porteador deberá conservar el producto de la venta en beneficio de la persona que tenga derecho a las mercancías.

Artículo 51

~~10.4.2~~ El porteador sólo podrá hacer uso del derecho mencionado en el artículo 46 ~~10.4.1~~ tras haber notificado, con antelación razonable[177], de la llegada de las mercancías a su lugar de destino, a la persona indicada en los datos del contrato, de haberse indicado alguna, como persona a la que se haya de notificar dicha llegada, o al consignatario, o si no a la parte controladora o al cargador.

Artículo 52

~~10.4.3~~ Al ejercer alguno de sus derechos mencionados en el artículo 50 2) ~~10.4.1 b)~~, el porteador o la parte ejecutante ~~obrarán en calidad de agentes de la~~

[176] Como se observó en el párrafo 97 del documento A/CN.9/526, se expresó inquietud de que el ejercicio por el porteador de sus derechos con arreglo al apartado 10.4.1 (ahora artículo 50) pudiera resultar en gastos que se sumaran a los ya ocasionados por concepto de pérdidas o daños, y que el valor de las mercancías pudiera no bastar, en algunos casos, para sufragar dichos gastos. A fin de responder a dicha inquietud se han insertado las palabras “y a expensas de” en el apartado 10.4.1 b) (ahora párrafo 2).

[177] Como se observó en el párrafo 93 del documento A/CN.9/526, se cuestionó que bastara con dar aviso y que el porteador no tuviera que esperar la respuesta o reacción de la persona notificada antes de ejercitar sus derechos. Se han insertado las palabras “con razonable antelación” a continuación de “aviso” en el apartado 10.4.2 (ahora artículo 51) a fin de responder a esta inquietud.

~~persona que tenga derecho a las mercancías, pero sin responsabilidad alguna~~ será responsable[178] por la pérdida o el daño sufrido por las mercancías, ~~a no ser que~~ solamente si dicha pérdida o dicho daño se deban [a un acto u omisión ~~personal~~ del porteador o de la parte ejecutante que se haya cometido con intención de causar dicha pérdida o dicho daño o con imprudencia temeraria y a sabiendas de que se ocasionaría probablemente dicha pérdida o dicho daño][179].

CAPÍTULO 11. DERECHO DE CONTROL

Artículo 53

~~11.1~~ [Por derecho de control ~~sobre las mercancías~~ se entenderá][El derecho de control ~~sobre las mercancías~~ [incluye] [conlleva]] el derecho a convenir con el porteador en alguna modificación del contrato de transporte y el derecho[180] de dar instrucciones al porteador, con arreglo al contrato de transporte, respecto de las mercancías durante el período de su responsabilidad conforme a lo indicado en el artículo 7 1) ~~4.1.1.~~][181] Dicho derecho de dar instrucciones al porteador conlleva las facultades de:

a) ~~i)~~ dar o modificar las instrucciones concernientes a las mercancías [en tanto que ello no constituya una alteración del contrato de transporte][182];

---

178 Se expresó inquietud, en el párrafo 94 del documento A/CN.9/526, de que la formulación del apartado 10.4.3 (ahora artículo 52) pudiera sugerir que un acto u omisión del porteador pudiera dar lugar a alguna responsabilidad de la parte ejecutante. La supresión de las palabras "actos de un agente del titular de las mercancías pero sin ninguna responsabilidad" y la adición de las palabras "será responsable solamente" tienen por objeto responder a dicha inquietud.

179 Como se observó en el párrafo 94 del documento A/CN.9/526, se sugirió insertar el texto "o de la parte ejecutante" a continuación de las palabras "acto u omisión personal del porteador", y que se suprimiera el término "personal". Ambas sugerencias pueden parecer reflejadas en el texto. La sugerencia en el párrafo 96 de A/CN.9/526 de que el texto de los apartados 10.4.3 (ahora artículo 52) y 10.4.1 (ahora artículo 50) tenía una cierta similaridad de contenido que debía reflejarse en su texto no obtuvo, al parecer, el apoyo suficiente para ser reflejada en el texto.

180 La inquietud expresada en el párrafo 103 del documento A/CN.9/526 de que se debe suprimir el apartado iv) (ahora párrafo d)) a fin de salvaguardar la unilateralidad de toda orden que la parte controladora pueda dar al porteador, a diferencia de toda modificación que se introduzca en las condiciones del contrato de transporte, para lo que hará falta que las partes en dicho contrato obren de común acuerdo. Se sugirió, a título de respuesta, que dicha disposición ayudaba a definir el derecho de control en la medida en que aclaraba que durante el viaje la parte controladora ejercía la función de contraparte del porteador. Cabría atender a una y otra inquietud colocando entre corchetes al apartado iv) (ahora párrafo d) e insertando una frase como la del apartado iv) (ahora párrafo d) en el encabezamiento del párrafo 11.1 (ahora artículo 53). Cabe también señalar que se habrá de perfilar también la primera oración del encabezamiento en el supuesto de que se incluya una definición en el artículo 1 g) inspirada en el contenido de dicho encabezamiento.

181 Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si convendría retocar esta oración y trasladarla a la definición de "derecho de control" en el artículo 1 g). De decidir el Grupo de Trabajo dicho traslado, deberán volverse a examinar las modificaciones sugeridas para el encabezamiento y el párrafo d), *supra* nota 180.

182 En el párrafo 102 del documento A/CN.9/526 se expresa la inquietud de que el texto "dar o modificar las instrucciones en tanto que ello no constituya una alteración del contrato" se prestaba a ser entendido como contradictorio. Se respondió que debía hacerse una clara

b) ~~ii)~~ reclamar la entrega de las mercancías antes de su llegada al lugar de destino;

c) ~~iii)~~ sustituir al consignatario por alguna otra persona o incluso por una parte controladora;

[d) ~~iv)~~ concertar con el porteador alguna modificación del contrato de transporte.][183]

Artículo 54

1. ~~11.2~~ ~~a)~~ Cuando no se haya emitido título de transporte negociable alguno ni ningún documento electrónico no negociable, serán aplicables las reglas siguientes:

a) ~~i)~~ El cargador será la parte controladora salvo que [haya convenido con el consignatario que lo sea otra persona y que él mismo se lo notifique al porteador. El cargador y el consignatario podrán convenir en que el consignatario sea la parte controladora] [designe parte controladora al consignatario o a alguna otra persona][184].

b) ~~ii)~~ La parte controladora estará facultada para transferir el derecho de control a alguna otra persona, a raíz de lo cual el transferente perderá su derecho de control. El transferente [o el cesionario][185] dará aviso al porteador de dicha cesión.

c) ~~iii)~~ Siempre que la parte controladora vaya a ejercer su derecho de control de conformidad con el artículo 53 ~~11.1~~, deberá presentar algún medio de identificación adecuado.

[d) ~~iv)~~ El derecho de control [se extinguirá] [quedará transferido al consignatario] cuando, al haber llegado las mercancías a su punto de destino, el consignatario reclame la entrega de las mercancías.][186]

---

distinción entre lo que cabría designar como una modificación "normal" o de menor cuantía de las instrucciones dadas respecto de las mercancías y una modificación de mayor alcance que alterara el contrato de transporte. Cabría responder a dichas inquietudes suprimiendo las palabras colocadas entre corchetes, ya que parecen ser innecesarias habida cuenta de que en el apartado 11.3 a) (ahora artículo 55 1)) se establecen los límites dentro de los que podrá ejercerse dicho derecho.

183 Véase *supra*, nota 180.

184 En el párrafo 105 del documento A/CN.9/526, se suscitó la cuestión de por qué hacía falta el consentimiento del consignatario para designar como parte controladora a toda otra persona que no fuera el cargador, cuando el consignatario ni siquiera era parte en el contrato de transporte. Se observó además que si el contrato estipulaba que el cargador fuera parte controladora durante la operación, el texto del apartado ii) (ahora párrafo b)) le facultaba para conferir unilateralmente su derecho de control a otra persona. Se había atendido a estas inquietudes colocando entre corchetes el texto que sigue a "salvo que", a fin de permitir su eventual supresión, e insertando en su lugar, también entre corchetes, el texto "designe parte controladora al consignatario o a alguna otra persona".

185 A fin de responder la inquietud expresada en el párrafo 107 del documento A/CN.9/526, de que, en ciertos países, no sería posible perfeccionar una transferencia del derecho de control mediante un aviso del propio cesionario al porteador, cabría suprimir, en el apartado 11.2 a) ii) (ahora párrafo 1b)) las palabras "o el cesionario", que han sido colocadas entre corchetes.

186 Conforme se mencionó en el párrafo 106 del documento A/CN.9/526 y en el párrafo 188 de A/CN.9/WG.III/WP.21, la parte controladora conserva su control sobre las mercancías hasta su entrega definitiva. Ahora bien, nada de lo dicho en el párrafo 11.2 (ahora artículo 54) respecto

2. ~~b)~~ Siempre que se emita un título de transporte negociable, serán aplicables las reglas siguientes:

a) ~~i)~~ El tenedor[187] o, caso de haberse emitido más de un original del título de transporte negociable, el tenedor de todos los originales será la única parte controladora.

b) ~~ii)~~ El tenedor estará facultado para transferir el derecho de control transfiriendo el título de transporte negociable a otra persona de conformidad con el artículo 59 ~~12.1~~, a raíz de lo cual el transferente perderá su derecho de control. De haberse emitido más de un original de dicho título, todos ellos deberán ser transferidos para que surta efecto una cesión del derecho de control.

c) ~~iii)~~ A fin de ejercer el derecho de control, el tenedor deberá presentar al porteador el título de transporte negociable, si éste se lo exige. De haberse emitido más de un original de dicho título, deberán presentarse todos los originales [salvo aquellos que obren ya en poder del porteador, en nombre de la propia persona que vaya a ejercer el derecho de control], en ausencia de lo cual no podrá ejercerse el derecho de control[188].

d) ~~iv)~~ Toda orden que el tenedor dé, conforme a lo previsto en el artículo 53 b), c) y d) ~~11.1 ii), iii), y iv)~~ deberá ser consignada en el título de transporte negociable, al pasar a ser ejecutable con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55 ~~11.3~~.

3. ~~c)~~ Siempre que se emita un documento electrónico negociable:

a) ~~i)~~ El tenedor será la única parte controladora y estará facultado para transferir el derecho de control a alguna otra persona transfiriendo el documento electrónico negociable de conformidad con las reglas de procedimiento

---

de la duración del derecho de control será aplicable en el supuesto de que se haya emitido un documento electrónico o un título de transporte no negociable. Se pensó que tal vez fuera posible atender a la observación efectuada, razón por la que se ha insertado el apartado 11.2 a) iv) (ahora párrafo 1 d)). Obsérvese, asimismo, que el párrafo 106 de A/CN.9/526 también menciona la inquietud de que se esté abriendo tal vez la puerta para poder frustrar una orden tan frecuente del cargador como la de que no se haga entrega de las mercancías hasta que no se haya recibido del cargador la confirmación de que su precio está ya pagado. Además, dado que el artículo 53 dispone que el derecho de control consiste en la facultad de dar instrucciones al porteador durante el denominado período de responsabilidad del porteador enunciado en el artículo 7, tal vez no sea necesario señalar cuándo termina el derecho de control.

187 Como se indicó en el párrafo 109 de A/CN.9/526, no parece justificada la inquietud suscitada por la referencia al "tenedor" a la luz de la definición que se da de dicho término en el párrafo 1.12 (ahora artículo 1 f)).

188 Conforme se observó en el párrafo 110 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que el inciso 11.2 b) iii) (ahora párrafo 2 c)) no había previsto debidamente las consecuencias que tendría el hecho de que el tenedor no presente todos los ejemplares de un título negociable al porteador, y en que, en dicho supuesto, el porteador podría negarse a seguir las instrucciones de la parte controladora. Prevaleció el parecer en el Grupo de Trabajo de que, en el supuesto de que no se presentaran todos los ejemplares de un conocimiento de embarque, la parte controladora no podría ejercitar el derecho de control, y en que habría de establecerse una excepción a la regla de que la parte controladora habrá de presentar todos los ejemplares del conocimiento de embarque, en previsión del supuesto de que algún ejemplar del conocimiento obre ya en poder del porteador. A fin de responder a todas estas inquietudes, se sugiere que convendría insertar los textos subrayados en el inciso 11.2 b) iii) (ahora párrafo 2 c)).

mencionadas en el artículo 6 ~~2.4~~, a raíz de cuya cesión, el cedente perderá su derecho de control.

b) ~~ii)~~ A fin de ejercer su derecho de control, el tenedor deberá demostrar, si se lo exige el porteador, que él es el tenedor, de conformidad con las reglas de procedimiento mencionadas en el artículo 6 ~~2.4~~.

c) ~~iii)~~ Toda orden dada por el tenedor, conforme a lo previsto en el artículo 53 b), c) y d) ~~11.1, ii), iii) y iv)~~, deberá ser consignada en el documento electrónico, al pasar a ser ejecutable con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55 ~~11.3~~.[189]

4. ~~d)~~ Pese a ~~las disposiciones del~~ lo dispuesto en el artículo 62 ~~12.4~~, toda persona que, sin ser el cargador o la persona mencionada en el artículo 31 ~~7.7~~, haya transferido el derecho de control sin haber hecho uso alguno de dicho derecho quedará liberada, a raíz de dicha cesión, de toda responsabilidad impuesta a la parte controladora por el contrato de transporte o por el presente instrumento.[190]

Artículo 55

1. ~~11.3~~ ~~a)~~ Variante A del párrafo 1[191]

A reserva de ~~las disposiciones de~~ lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 ~~b) y c)~~ del presente artículo, si alguna de las órdenes mencionadas en el artículo 53 a), b) o c) ~~11.1 i), ii) o iii)~~

a) ~~i)~~ puede ejecutarse razonablemente, a tenor de sus propios términos, en el momento de llegar dicha orden a la persona encargada de ejecutarla;

b) ~~ii)~~ no interfiere en el curso normal de las operaciones del porteador o de la parte ejecutante; y

c) ~~iii)~~ no origina gasto adicional alguno, ni pérdida o daño alguno, al porteador o a la parte ejecutante, ni a ninguna toda otra persona que goce de algún derecho sobre las demás mercancías que se transporten en el mismo buque,

el porteador deberá ejecutar dicha orden. Pero si cabe razonablemente prever que no se cumplirán una o más de las condiciones enunciadas en los apartados a), b) y c) ~~i), ii) y iii)~~ del presente párrafo, el porteador no estará obligado a ejecutar dicha orden.[192]

---

[189] Conforme se indicó en el párrafo 112 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo aplazó su examen del apartado 11.2 c) (ahora párrafo 3) en tanto no hubiera llegado a un entendimiento más preciso del trato que se deseaba dar a las cuestiones relacionadas con el comercio electrónico.

[190] Conforme se observó en el párrafo 113 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido del apartado 11.2 d) (ahora párrafo 4) era en general aceptable.

[191] La variante A del párrafo 1 está basada en el texto original del proyecto de instrumento.

[192] Como se observó en el párrafo 117 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo en que el apartado 11.3 a) (ahora párrafo 1) debería ser reformulado a fin de reflejar en su texto las sugerencias recogidas en los párrafos 114 a 116. Se convino en que la nueva estructura de dicho párrafo debería reflejar, en primer lugar, las circunstancias en las que el porteador debería dar curso a toda orden recibida de la parte controladora enunciando, en segundo lugar, las consecuencias a que daría lugar el que se cumpliera o no dichas órdenes. Se

Variante B del párrafo 1

A reserva de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del presente artículo, el porteador estará obligado a ejecutar toda orden recibida conforme a lo mencionado en el artículo 53 a), b) y c) ~~11.1 i), ii) y iii)~~ si, siempre y cuando:

a) ~~i)~~ la persona que emita dicha orden esté facultada para ejercitar el derecho de control;

b) ~~ii)~~ la orden pueda ser razonablemente ejecutada, a tenor de lo en ella dispuesto, en el momento de llegar dicha orden al porteador;

c) ~~iii)~~ dicha orden no interfiera en el curso normal de las operaciones del porteador o de la parte ejecutante.[193]

2. ~~b)~~ En todos estos supuestos, la parte controladora deberá ~~indemnizar~~ reembolsar[194] al porteador o a las partes ejecutantes, y a toda persona que sea titular de algún derecho sobre otras mercancías transportadas en el mismo buque por cualquier gasto adicional que tal vez les sea ocasionado y deberá indemnizarles de toda pérdida o daño que ~~les sea ocasionado~~ puedan sufrir a resultas de haberse ejecutado alguna orden en el marco de lo dispuesto en el presente artículo.[195]

3. ~~c)~~ [En todo supuesto en que el porteador

a) ~~i)~~ prevea razonablemente que la ejecución de una orden recibida en el marco de lo previsto en el presente artículo ocasionará algún gasto adicional o alguna pérdida o daño; pero

b) ~~ii)~~ a pesar de ello esté dispuesto a ejecutarla,

---

pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado, que ofreciera posibles variantes, para que sirvieran de base a toda deliberación en algún período ulterior de sesiones.

[193] Conforme se observó en el párrafo 114 del documento A/CN.9/526, a fin de evitar toda contradicción eventual entre lo dispuesto en el apartado 11.3 a) iii) (ahora párrafo 1 c)) y en el apartado 11.1 ii) (ahora artículo 53 b)) en lo relativo al ejercicio del derecho de control y a la posibilidad de que ocasionara "gastos adicionales", se sugirió que o bien se debería eximir al porteador de toda obligación de ejecutar una orden recibida en el marco de lo dispuesto en el apartado 11.1 ii) (ahora artículo 53 b)) o se debería limitar, en el apartado 11.3 a) iii) (ahora párrafo 1 c)) el alcance de la obligación del porteador de ejecutar dichas órdenes a aquellos casos en los que su ejecución no suponga un gasto adicional "notable". Además, conforme se observó en el párrafo 115 de A/CN.9/526, la sugerencia de suprimir el apartado 11.3 a) iii) (ahora párrafo 1 c)) obtuvo considerable apoyo en el Grupo de Trabajo. En vista de dichas sugerencias, cabría reformular el apartado 11.3 a) (ahora párrafo 1) conforme se indica, y cabría restringir el derecho del porteador a tenor del apartado 11.3 c) (ahora párrafo 3), conforme se indica en la nota 196 *infra*. Además, se ha suprimido el párrafo 11.3 a) iii) (ahora párrafo 1c)).

[194] Conforme se observó en el párrafo 56 del documento A/CN.9/510 y en el párrafo 118 del documento A/CN.9/526, la noción de "indemnizar" sugería erróneamente que la parte controladora pudiera incurrir en responsabilidad, por lo que convendría sustituir dicha noción por la de "remunerar", que correspondía mejor a la consecuencia eventual de un ejercicio legítimo de su derecho de control por la parte controladora.

[195] Los cambios en el apartado 11.3 b) (ahora párrafo 2) se han introducido a raíz de la sugerencia recogida en el párrafo 117 de A/CN.9/526 de que en la nueva estructura del párrafo deben enunciarse, en primer lugar, las circunstancias en las que el porteador deberá seguir las instrucciones u órdenes recibidas de la parte controladora y, en segundo lugar, las consecuencias de una o más de dichas órdenes sean o no ejecutadas.

dicho porteador tendrá derecho a obtener una garantía de la parte controladora] [De solicitarlo el porteador, la parte controladora deberá otorgar una garantía][196] por la cuantía de todo gasto adicional o de toda pérdida o daño que sea razonable prever.

4. ~~d)~~ El porteador será responsable de toda pérdida o daño de las mercancías que resulte de no haber cumplido una orden de la parte controladora en violación del deber enunciado en el párrafo 1 del presente artículo.[197]

Artículo 56

~~11.4~~ Las mercancías, que se entreguen a raíz de una orden dada en consonancia con el artículo 53 b) ~~11.1 ii)~~, se tendrán por entregadas en el lugar de destino y les serán aplicables las disposiciones relativas a dicha entrega, según se enuncian en el capítulo ~~artículo~~ 10.[198]

Artículo 57

~~11.5~~ Si durante el período en que las mercancías están bajo la custodia del porteador o de una parte ejecutante, el porteador o la parte ejecutante requiere razonablemente que se le den instrucciones o que se le facilite información o algún documento además de los mencionados en el artículo 27 a) ~~7.3 a)~~, ~~dicho porteador o parte ejecutante recabará dichas instrucciones o dicha información o documentos de la parte controladora~~ la parte controladora deberá facilitar dicha información, al serle solicitada por el porteador o dicha parte ejecutante.[199] Si tras un esfuerzo

---

[196] Aun cuando se estimó que el apartado 11.3 c) (ahora párrafo 3) era "en general aceptable", como puede verse en el párrafo 119 de A/CN.9/526, se han efectuado ciertos cambios, que pueden verse marcados, a la luz de las observaciones sobre el apartado 11.3 a) (ahora artículo 51 1)). Véase nota 193 *supra*.

[197] Como se observó en el párrafo 116 del documento A/CN.9/526, se había suscitado una cuestión acerca de la índole de la obligación incurrida por el porteador a tenor del párrafo 11.3 (ahora artículo 55), y acerca de si debía suavizarse la obligación impuesta al porteador de ejecutar la orden, obligándole únicamente a ejecutar, conforme sea posible, las órdenes recibidas de la parte controladora. Se expresó el parecer de que era preferible que estuviera sujeto a una obligación estricta de ejecutar la orden o las órdenes que recibía. Ahora bien, el porteador no sería responsable de las consecuencias de no haber ejecutado la orden si conseguía demostrar que hizo todo lo razonablemente posible por ejecutarla o que la ejecución de la orden recibida no era razonable en las circunstancias del caso. Respecto de cuáles debían de ser las consecuencias de no haber cumplido una orden, se sugirió que el texto del proyecto de instrumento fuera más explícito indicando, por ejemplo, el tipo de responsabilidad incurrida por el porteador a raíz de su incumplimiento y sus consecuencias para la ejecución subsiguiente del contrato. A fin de dar seguimiento a dichos pareceres, se ha insertado un nuevo apartado 11.3 d) (ahora párrafo 4). Respecto de las consecuencias del incumplimiento de las órdenes recibidas, se presume que la intención implícita era que, en todo supuesto en el que debiera haberse ejecutado la orden, el porteador sea responsable por concepto de daños. Si el Grupo de Trabajo decide que se incluya alguna disposición en dicho sentido, tal vez desee considerar también si debe imponerse algún límite a dicha responsabilidad.

[198] Según se señaló en el párrafo 120 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido del párrafo 11.4 (ahora artículo 56) era en general aceptable.

[199] Conforme se observó en el párrafo 121 del documento A/CN.9/526, no obtuvo apoyo la sugerencia de que se diera, en el párrafo 11.5 (ahora artículo 57), al porteador la opción de poder recabar instrucciones "del cargador o de la parte controladora". Como se indicó en el párrafo 122 de A/CN.9/526, la sugerencia de que se hiciera referencia no sólo al porteador sino

razonable, el porteador no ha podido identificar y encontrar a la parte controladora, o si la parte controladora no puede dar al porteador instrucciones adecuadas o la información o documentos que reclame, la obligación de hacerlo recaerá sobre el cargador o sobre la persona mencionada en el artículo 31 ~~7.7~~.

Artículo 58

~~11.6 Las disposiciones de~~ Lo dispuesto en los artículos 53 b) y c) ~~11.1 ii) y iii)~~, y 55 ~~11.3~~ podrá ser modificado por acuerdo entre las partes. Las partes podrán también restringir o excluir la transferibilidad del derecho de control de la que se habla en el artículo 54 1) b) ~~11.2 a) ii)~~. De haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico negociable, toda estipulación de las partes conforme a lo previsto en el presente párrafo deberá estar consignada en los datos del contrato o incorporada[200] a ellos, por remisión.

CAPÍTULO 12. TRANSFERENCIA DE DERECHOS

Artículo 59

1. ~~12.1.1~~ De emitirse un título de transporte negociable, su tenedor estará facultado para transferir todo derecho incorporado a dicho título transfiriendo el propio título a otra persona,

a) ~~i)~~ debidamente endosado a la misma o endosado en blanco, si es un título a la orden, o,

b) ~~ii)~~ sin endoso alguno, si es un título al portador o un título endosado en blanco, o también,

c) ~~iii)~~ sin endoso alguno, si es un título emitido a la orden de determinada persona y la transferencia se hace entre el primer tenedor del título y dicha persona.[201]

2. ~~12.1.2~~ De emitirse un documento electrónico negociable, su tenedor estará facultado a transferir todo derecho incorporado a dicho documento electrónico, tanto si el documento se ha emitido simplemente a la orden como si se ha emitido a

---

también a la parte ejecutante obtuvo apoyo general. En vista también de la recomendación mencionada en el párrafo 123 de A/CN.9/526, se han introducido ciertos cambios a fin de aclarar el texto del apartado 11.5 (ahora artículo 57).

[200] Conforme se indicó en el párrafo 126 del documento A/CN.9/526, hubo amplio apoyo en el Grupo de Trabajo a favor de que en el texto revisado del proyecto de párrafo 11.6 (ahora artículo 58) se evitara sugerir restricción alguna de la autonomía contractual de las partes para apartarse, en su contrato, de lo dispuesto en el artículo 11 (ahora capítulo 11). Cabe deducir además de la última oración del apartado 11.6 (artículo 58 actual) que su texto será únicamente aplicable si el título de transporte o el documento electrónico emitido es negociable. El texto revisado menciona consiguientemente este extremo, junto con la referencia que se sugirió a todo acuerdo incorporado por remisión.

[201] Como se observó en el párrafo 133 del documento A/CN.9/526, hubo fuerte apoyo en el Grupo de Trabajo por mantener el texto actual del apartado 12.1.1 (ahora artículo 59 1)) en aras de la armonía y por prestarse bien al empleo de documentos electrónicos negociables. Se tomó nota de la inquietud mencionada en el párrafo 132 de A/CN.9/526 respecto de los títulos negociables nominativos en el marco de algunos ordenamientos internos.

la orden de determinada persona, transfiriendo dicho documento de conformidad con las reglas de procedimiento mencionadas en el artículo 6 ~~2.4~~.[202]

Artículo 60

1. ~~12.2.1~~ Sin perjuicio de ~~las disposiciones de~~ lo dispuesto en el artículo 57 ~~11.5~~, todo tenedor, que no sea el cargador, que no ejercite derecho alguno nacido del contrato de transporte, no asumirá responsabilidad alguna dimanante de dicho contrato por la sola razón de pasar a ser tenedor.[203]

2. ~~12.2.2~~ Todo tenedor, que no sea el cargador, que ejercite algún derecho en virtud del contrato de transporte, asumirá [toda responsabilidad que le sea impuesta a tenor del contrato en la medida en que dicha responsabilidad esté incorporada al título de transporte negociable o al documento electrónico negociable o sea determinable a partir de lo en ellos consignado] [toda responsabilidad que recaiga sobre la parte controladora con arreglo al capítulo 11 y toda responsabilidad imputable al cargador por el pago del flete, o por concepto de flete falso, sobrestadía y daños por la detención del buque, en la medida en que esas responsabilidades estén consignadas en el título de transporte negociable o en el documento electrónico negociable][204].

3. ~~12.2.3~~ Todo tenedor, que no sea el cargador, que

(a) ~~i)~~ convenga con el porteador, con arreglo al artículo 4 ~~2.2~~, en sustituir un título de transporte negociable por un documento electrónico negociable o, a la inversa, un documento electrónico negociable por un título de transporte negociable, o que

(b) ~~ii)~~ transfiera sus derechos con arreglo al artículo 59 ~~12.1~~,

no habrá ejercitado derecho alguno nacido del contrato de transporte a los efectos de los ~~artículos~~ párrafos 1 ~~12.2.1~~ y 2 ~~12.2.2~~.[205]

---

[202] Conforme se indicó en el párrafo 134 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo tomó nota de que el apartado 12.2.1 (ahora párrafo 1) sería examinado en alguna fecha ulterior juntamente con otras disposiciones del proyecto de instrumento relativas a los documentos electrónicos.

[203] Conforme se observó en el párrafo 136 del documento A/CN.9/526, hubo cierto apoyo en el Grupo de Trabajo por el parecer de que el contenido del apartado 12.2.1 (ahora párrafo 1) era superfluo. Ahora bien, al parecer no hubo suficiente apoyo en el Grupo de Trabajo a favor de dicha conclusión.

[204] Conforme se indicó en el párrafo 140 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado del apartado 12.2.2 (ahora párrafo 2) que reflejara debidamente los pareceres expresados. Ahora bien, los pareceres expresados en los precedentes párrafos 137 a 139 no eran coherentes. Los que deseaban una revisión del texto pidieron que en él se dispusiera cuáles eran las responsabilidades que asumiría todo tenedor, que hiciera uso de algún derecho nacido del contrato de transporte, a tenor de dicho contrato. Pese a que hubo cierta oposición a que se precisara dicho extremo se ha intentado revisar algo el texto. Cabe señalar que existe cierta responsabilidad que tal vez deba considerarse, es decir, la responsabilidad por toda pérdida, daño o lesión causada por las mercancías (pero excluyendo en todo caso la responsabilidad a que pudiera dar lugar el incumplimiento de las obligaciones del cargador en el marco de lo dispuesto en el párrafo 7.1 (ahora artículo 25).

[205] Como se indicó en el párrafo 141 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido del apartado 12.2.3 (ahora párrafo 3) era en general aceptable.

Artículo 61

[~~12.3~~ La transferencia de derechos nacidos de un contrato de transporte, a raíz del cual no se haya emitido ningún título de transporte negociable o ningún documento electrónico negociable, se efectuará de conformidad con lo dispuesto en ~~la legislación nacional aplicable al contrato de transporte relacionado con la transferencia de derechos~~ el derecho interno que sea por lo demás aplicable. Dicha transferencia podrá efectuarse por vía electrónica. Ninguna transferencia del derecho de control se tendrá por efectuada en tanto no haya sido notificada [por el cedente o el cesionario] al porteador.][206]

Artículo 62

[~~12.4~~ Si la transferencia de derechos nacidos de un contrato de transporte, a raíz del cual no se haya emitido título de transporte negociable alguno o ningún documento electrónico negociable, conlleva la transferencia de alguna responsabilidad conexa con el derecho transferido o que nazca de dicho derecho, el cedente ~~y el cesionario serán mancomunada y solidariamente responsables de dicha o dichas obligaciones~~ no quedará liberado de su responsabilidad, sin que medie el consentimiento del porteador.][207]

---

206 Como se observó en el párrafo 142 del documento A/CN.9/526, se expresó inquietud respecto de la posibilidad de que hubiera discordancia entre lo dispuesto en el párrafo 12.3 (ahora artículo 61) y el derecho interno en aquellos países en los que la notificación de la cesión de un derecho ha de ser dada por el cedente, sin que pueda darla el cesionario. Se sugirieron dos soluciones alternativas para el párrafo 142 de A/CN.9/526, pero la primera de ellas, consistente en hacer una remisión al derecho interno aplicable al contrato de transporte, al final de la oración, podría no ser compatible con la sugerencia subsiguiente, dada en el párrafo 143 de A/CN.9/526, de hacer una remisión general, en la primera oración, al "derecho aplicable" en vez de a "las disposiciones del derecho interno aplicable", a fin de evitar conflictos de leyes potencialmente complejos. Por ello, se optó por la sugerencia alternativa de suprimir las palabras "por el cedente o el cesionario", que se han colocado entre corchetes. Se ha adoptado además la sugerencia de hacer en la primera oración una remisión al derecho interno por lo demás aplicable, y se ha colocado la totalidad del texto de este artículo entre corchetes, conforme se sugirió.

207 Como se observó en el párrafo 148 del documento A/CN.9/526, a la luz de las deliberaciones sobre el proyecto de artículo 12 (ahora capítulo 12) y sobre el párrafo 12.4 (ahora artículo 62), el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara y colocara entre corchetes una versión revisada del párrafo 12.4 (ahora artículo 62), que reflejara debidamente las opiniones expresadas. La sugerencia pertinente que sigue en el párrafo 147 de A/CN.9/526 es que la responsabilidad del cedente y del cesionario no tenía por qué ser mancomunada y solidaria. Se sugirió, a título de alternativa, que no se permita que el cedente quede liberado de su responsabilidad sin el consentimiento del porteador.

El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el siguiente texto, a título de variante eventual de lo dispuesto en los artículos 61 y 62:

"Artículo 61 *bis*.

1. De no haberse emitido ni título de transporte negociable alguno ni documento electrónico negociable alguno, la transferencia de los derechos nacidos de un contrato de transporte, se regirá por la ley que sea aplicable al contrato por el que se transfieran dichos derechos o, si dichos derechos no se transfieren por vía contractual, por la ley aplicable a dicha cesión. [Ahora

CAPÍTULO 13. DERECHOS DE ACCIÓN O PROCESALES

Artículo 63

Variante A[208]

~~13.1~~ A reserva de lo dispuesto en los artículos 64 ~~13.2~~ y 65 ~~13.3~~, toda acción nacida del contrato de transporte sólo podrá ser ejercitada frente al porteador o una parte ejecutante por:

a) ~~i)~~ el cargador,

b) ~~ii)~~ el consignatario,

c) ~~iii)~~ todo tercero al que el cargador o el consignatario haya ~~cedido~~ transferido[209] sus derechos,

según cuál de los interesados anteriormente citados haya sufrido la pérdida o el daño imputable a algún incumplimiento del contrato de transporte,

d) ~~iv)~~ todo tercero que haya adquirido por subrogación, con arreglo al derecho interno aplicable, algún derecho nacido del contrato de transporte, como por ejemplo algún asegurador.

De haberse traspasado, por cesión o por subrogación, conforme se indicó anteriormente algún derecho de acción, el porteador y la parte ejecutante tendrán derecho a invocar, frente a dicha acción, toda excepción y toda limitación de su responsabilidad que sea oponible frente a dicho tercero con arreglo a lo estipulado en el contrato de transporte o a lo dispuesto en el presente instrumento.[210]

Variante B

Toda acción nacida o que resulte de un contrato de transporte podrá ser ejercitada por toda persona que tenga algún derecho legítimo al cumplimiento de alguna

---

bien, la transferibilidad de los derechos que se vayan a transferir se regirá por la ley aplicable al contrato de transporte.]

2. Con independencia de la ley que sea declarada aplicable con arreglo al párrafo 1, toda transferencia de derechos podrá efectuarse por vía electrónica y, para ser válida, deberá ser notificada al porteador [ya sea por el cedente o por el cesionario].

3. Si la transferencia conlleva alguna responsabilidad conexa con el derecho transferido o que nazca de dicho derecho, el cedente y el cesionario deberán asumir mancomunada y solidariamente dicha responsabilidad."

[208] La variante A del artículo 63 está basada en el texto original del proyecto de instrumento.

[209] Se sugiere este cambio terminológico a fin de alinear el texto de este artículo con el resto del capítulo.

[210] Como se observó en el párrafo 157 del documento A/CN.9/526, pese haber expresado firme apoyo por la supresión del párrafo 13.1 (ahora artículo 63), el Grupo de Trabajo decidió aplazar toda decisión respecto de dicho párrafo hasta después de haber completado su examen de los proyectos de artículo y haber examinado más a fondo el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento.

obligación nacida o que resulte de dicho contrato, siempre que dicha persona haya sufrido algún daño o alguna pérdida.[211]

Artículo 64

~~13.2~~ De emitirse un título de transporte negociable o un documento electrónico negociable, su tenedor estará facultado para ejercitar toda acción nacida del contrato de transporte frente al porteador o alguna parte ejecutante, ~~sin tener que probar que ha~~ sea o no él quien haya sufrido alguna pérdida o daño. ~~Si dicho tenedor no ha sufrido pérdida o daño alguno, se estimará que actúa en nombre de la persona que haya sufrido la pérdida o el daño ocasionado~~.[212]

Artículo 65

~~13.3~~ De haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico negociable y de no ser el demandante ~~una de las personas mencionadas en el artículo 13.1, sin ser~~ el tenedor, dicho demandante deberá no sólo probar el daño o la pérdida que le haya sido ocasionado por el incumplimiento del contrato de transporte, sino que deberá probar además que el tenedor no ha sufrido ~~dicha~~ la pérdida o ~~dicho~~ el daño que sean objeto de su demanda.[213]

CAPÍTULO 14. PLAZO PARA PRESENTAR UNA DEMANDA

Artículo 66

~~14.1~~ Variante A[214]

El porteador ~~queda~~ quedará liberado de toda responsabilidad respecto de las mercancías, de no haberse entablado un procedimiento judicial o arbitral contra él dentro del plazo de [un] año. El cargador ~~queda~~ quedará liberado de toda responsabilidad, en la que pueda haber incurrido conforme a lo dispuesto en el

[211] Conforme se observó en el párrafo 157 del documento A/CN.9/526, se pidió a la Secretaría que preparara alguna variante, en forma de una declaración general, por la que se reconociera el derecho de toda persona, que gozara de algún interés legítimo en el cumplimiento del contrato de transporte, a presentar una demanda judicial si es que dicha persona había sufrido alguna pérdida o daño. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el texto formulado acomoda debidamente la situación en la que pueda encontrarse un transitario.

[212] Aun cuando no se haya formulado ninguna solicitud a la Secretaría respecto del párrafo 13.2 (ahora artículo 64) (véanse los párrafos 160 y 161 de A/CN.9/526), desde una perspectiva textual, la formulación puede ser mejorada conforme se sugiere. Además, cabe cuestionar la necesidad de la última oración. De hecho, si se reconoce el derecho a entablar una acción del tenedor con independencia de si el daño o la pérdida son suyos, la relación del tenedor y la persona que haya efectivamente sufrido dicha pérdida o daño queda fuera del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento.

[213] Como cabe deducir de lo dicho respecto de este texto en el párrafo 162 del documento A/CN.9/526, no se pidió a la Secretaría la preparación de una nueva versión de este artículo, ahora bien, se sugirieron ciertos cambios que pueden verse indicados en el texto.

[214] La variante A del artículo 66 está basada en el texto original del proyecto de instrumento.

capítulo 7 del presente instrumento, de no haberse entablado un procedimiento judicial o arbitral contra él dentro del plazo de [un] año.[215]

Variante B

Todo [a] [derecho] [acción] ejercitable respecto del transporte de mercancías, efectuado en el marco del régimen del presente instrumento, prescribirá [se extinguirá] si no se ha entablado un procedimiento judicial o arbitral dentro del plazo de [un] año.

Artículo 67

~~14.2~~ El plazo mencionado en el artículo 66 ~~14.1~~ empezará a correr a partir del día en que el porteador haya completado la entrega al consignatario de las mercancías a él destinadas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7 3) ó 7 4) ~~4.1.2 ó 4.1.4~~ o, de no haberse efectuado la entrega de las mercancías, a partir del [último] día en el que las mercancías debían haber sido entregadas. No será computable a efectos de dicho plazo el día que se señale para que comience a correr.[216]

---

[215] Como se indicó en el párrafo 169 del documento A/CN.9/526 el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que colocara la expresión numérica "un" entre corchetes, y que preparara una versión revisada del proyecto de párrafo 14.1 (ahora artículo 66) que reflejara debidamente las opiniones expresadas.
Se preguntó, en el párrafo 166 de A/CN.9/526, por qué se mencionaba únicamente, respecto del plazo para presentar demanda, la responsabilidad del cargador a tenor del artículo 7 (ahora capítulo 7) del proyecto de instrumento, y no se mencionaba también la responsabilidad del cargador a tenor de otros artículos, tales como el artículo 9 (ahora capítulo 9). Se sugirió además que todas las personas, que podían incurrir en responsabilidad a tenor del contrato de transporte, debían ser mencionadas en el párrafo 14.1 (ahora artículo 66). Cabe sugerir que si bien no todas las obligaciones nacidas del contrato de transporte están reguladas por el proyecto de instrumento, por ejemplo la responsabilidad eventual del porteador por haber cargado las mercancías, tal vez proceda que el artículo 14 (ahora capítulo 14) sea aplicable a todo tipo de responsabilidad que sí esté regulado por el instrumento.
Tal vez sea buena la solución sugerida en el párrafo 166 de A/CN.9/526 de que se disponga únicamente que prescribirá toda demanda relativa a asuntos que son objeto del proyecto de instrumento (o que todo derecho se extinguirá).
Se expresó también inquietud en el párrafo 167 de A/CN.9/526 acerca de si el transcurso de cierto plazo puede extinguir el derecho o hacer que la acción prescriba. El transcurso de cierto plazo extingue el derecho con arreglo a las Reglas de La Haya-Visby (artículo 3 6)), y a los convenios COTIF-CIM (artículo 47), Varsovia (artículo 29) y probablemente CMR (artículo 32). Extingue también la acción con arreglo a las Reglas de Hamburgo (artículo 20), el Convenio Multimodal 1980 (artículo 25), el CMNI (artículo 24) y el Convenio de Montreal (artículo 35). Tal vez sea aconsejable que de momento se tengan presentes ambas alternativas. Por ello, se ha sugerido un texto alternativo en la variante B.

[216] Como se indicó en el párrafo 174 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que retuviera el texto del párrafo 14.2 (ahora artículo 67), pero estudiándose la posibilidad de introducir alguna variante como reflejo de las opiniones expresadas.
Se expresó inquietud en el párrafo 170 de A/CN.9/526 de que la fecha de entrega indicada "en el contrato de transporte" pudiera ser muy anterior a la fecha de entrega efectiva, por lo que sería preferible referirse a la fecha de entrega efectiva. Ahora bien, se expresó igualmente inquietud de que el consignatario demorara unilateralmente dicha entrega efectiva. El texto habla del día en que "el porteador haya completado la entrega", que viene a ser el día de entrega efectiva de las mercancías. Habida cuenta del texto del apartado 4.1.1 (ahora artículo 7 1)) cabría añadir las palabras "al consignatario" para darle mayor coherencia.

Artículo 68

~~14.3~~ Toda persona que sea objeto de una reclamación podrá, en todo momento durante el curso del plazo de prescripción, prorrogar dicho plazo mediante una declaración dirigida al reclamante. Dicho plazo podrá volver a ser prorrogado por una o más declaraciones similares.[217]

Artículo 69

~~14.4~~ Toda acción de repetición, entablada por una persona que haya sido declarada responsable con arreglo al régimen del presente instrumento, podrá ser presentada incluso después de expirado el plazo de prescripción fijado en el artículo 66 ~~14.1~~ con tal de que la acción de repetición sea presentada dentro del más largo de

a) el plazo otorgado por la ley del Estado donde se vaya a entablar el procedimiento; o

b) Variante A[218]

un plazo de 90 días que empezará a correr a partir de la fecha en que la persona, que presente la acción de repetición, haya

i) satisfecho la reclamación presentada contra ella; o

ii) haya sido emplazada en un juicio abierto contra ella.

Variante B

un plazo de 90 días que empezará a correr a partir de la fecha en que

i) la persona que presente la acción de repetición haya satisfecho la reclamación presentada contra ella; o

---

Se expresó también inquietud, en el párrafo 171 de A/CN.9/526, respecto de la expresión "el último día" en que debían haberse entregado las mercancías, como fecha inicial ~~del curso~~ del plazo para la presentación de la demanda judicial, en supuestos en los que no se haya hecho entrega de las mercancías. Tal vez no sea fácil encontrar alguna variante de dicho texto, ya que en todo supuesto en el que no se haya hecho entrega de las mercancías sería aún más difícil de determinar "el último día". Se sugiere suprimir estas palabras.

En el párrafo 172 de A/CN.9/526 se menciona asimismo la inquietud de que el demandante espere a que haya transcurrido prácticamente el plazo para presentar su demanda, a fin de obstaculizar en lo posible la presentación de una contrademanda, por haber transcurrido ya el plazo para dichas actuaciones. Cabría evitar esta maniobra haciendo mención de la contrademanda en el apartado 14. 4 b) ii) (ahora artículo 69 b) ii)) conforme se indicó en el párrafo 172, o regulando las contrademandas en un párrafo aparte del proyecto de instrumento. Véase *infra* la variante del párrafo 14.5 (ahora artículo 71).

Se sugirió asimismo, en el párrafo 173 de A/CN.526, que cabría fijar unas fechas distintas para el comienzo de los plazos para la presentación de una demanda contra el porteador y contra el cargador, respectivamente. Esta solución pudiera, no obstante, resultar una complicación innecesaria.

[217] Conforme se observó en el párrafo 175 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido del párrafo 14.3 (ahora artículo 68) era en general aceptable.

[218] La variante A del artículo 69 está basada en el texto original del proyecto de instrumento.

ii) se haya pronunciado sentencia firme y no apelable contra la persona que presente la acción de repetición.[219]

Artículo 70

~~14.4 bis~~ Toda contrademanda entablada por una persona declarada culpable a tenor del régimen del presente instrumento podrá ser presentada, incluso después de expirado el plazo de prescripción mencionado en el artículo 66,

~~14.1~~ con tal de que se presente dentro de un plazo de 90 días que empezará a correr a partir del día en que la persona que presente la contrademanda haya sido emplazada en un juicio abierto contra ella.[220]

Artículo 71

[~~14.5~~ Si el propietario inscrito de un buque consigue rebatir la presunción de que él es el porteador, con arreglo al artículo 36 3) ~~8.4.2~~, podrá entablarse una acción frente al fletador a casco desnudo del buque aún después de expirado el plazo mencionado en el artículo 66 ~~14.1~~, con tal de que se presente la demanda dentro del más largo de los siguientes plazos:

a) el plazo otorgado por la ley del Estado donde se vaya a entablar el proceso; o

b) un plazo de 90 días a contar de la fecha en que el propietario inscrito del buque

i) [pruebe que su buque navegaba durante la operación de transporte con arreglo a un fletamento a casco desnudo; e]

[ii)] identifique debidamente al fletador a casco desnudo de su buque.][221]

---

[219] Conforme se indicó en el párrafo 178 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado del párrafo 14.4 (ahora artículo 69), que reflejara debidamente los pareceres expresados.
En el párrafo 176 de dicho documento se indicó que en algunos países de tradición civil o romanista, no era posible entablar una acción de repetición en tanto no se hubiera pronunciado una sentencia firme contra el que deseaba entablarla, y se sugirió que el plazo de 90 días comenzara a correr a partir de la fecha en que dicha sentencia fuera firme. Se ofrecía, por ello, una variante por la que el plazo de 90 días empezaría a correr a partir del día en que la sentencia contra la persona que entablara la acción de repetición fuera firme e inapelable. Dichas sugerencias han sido reflejadas en la variante B.

[220] En el párrafo 177 del documento A/CN.9/526, se reiteró que debería otorgarse cierto margen para la presentación de una contrademanda, ya sea en el marco del apartado 14.4 b) ii) (ahora artículo 69 b) ii)) o en un artículo separado, pero que se debería otorgar a la contrademanda un margen similar al previsto en el apartado 14.4 b) ii) (ahora artículo 69 b) ii)). El párrafo 14.4 bis (ahora artículo 70) enuncia en un artículo aparte la disposición sugerida.

[221] Como se observó en el párrafo 182 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del párrafo 14.5 (ahora artículo 71), prestando la debida atención a las opiniones que se habían expresado. Se tomó nota igualmente de que el Grupo de Trabajo había pedido a la Secretaría que retuviera el apartado 8.4.2 (ahora artículo 36 3)) entre corchetes, por lo que pidió igualmente a la Secretaría que retuviera el

CAPÍTULO 15. VÍA JUDICIAL[222]

Variante A

Artículo 72

En todo procedimiento judicial relativo al transporte de mercancías con arreglo al presente instrumento, el demandante podrá, a su elección, ejercitar la acción ante un tribunal que sea competente, a tenor de la ley del foro, dentro de cuya jurisdicción esté situado uno de los lugares siguientes:

a) El establecimiento principal o, a falta de éste, la residencia habitual del demandado; o

[b) El lugar de celebración del contrato, siempre que el demandado tenga en dicho lugar un establecimiento, sucursal o agencia que haya intervenido en la celebración del contrato; o][223].

c) El lugar de recepción o el lugar de entrega de las mercancías; o

d) Cualquier otro lugar designado al efecto en el título de transporte o en el documento electrónico.

Artículo 73

No obstante lo dispuesto en el artículo 72, la acción podrá ejercitarse ante los tribunales de cualquier puerto o lugar de un Estado Parte en el que el buque que efectúe el transporte [o todo buque que intervenga en dicha operación], así como cualquier otro buque que pertenezca al porteador, haya sido embargado de conformidad con la normativa aplicable del derecho interno de dicho Estado o del derecho internacional.

---

párrafo 14.5 (ahora artículo 71) entre corchetes, habida cuenta de la conexión entre uno y otro artículo.

Dicho vínculo entre el párrafo 14.5 (ahora artículo 71) y el apartado 8.4.2 (ahora artículo 36 3)) fue señalado en el párrafo 179 de A/CN.9/526, razón por la cual se mantiene entre corchetes el párrafo 14.5 (ahora artículo 71).

En el párrafo 180 de A/CN.9/526 se expresó la inquietud de que de poco serviría un plazo de 90 días en el supuesto de que un demandante, que fuera propietario de la carga, tuviera dificultad en identificar al porteador. Se estima que ese problema ha sido resuelto en el texto actual del apartado 14.5 b) ii) (ahora párrafo b) ii)).

Se sugirió además que cabría fusionar los incisos i) y ii) del apartado 14.5 b) (ahora párrafo b)), dado que el requisito enunciado en el inciso ii) era lo bastante riguroso para subsumir en él al requisito enunciado en el inciso i). Se ha propuesto un texto revisado.

222 Como se observó en el párrafo 159 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara proyectos de disposición relativos a la posibilidad de recurso de las partes a la vía judicial o arbitral, con posibles variantes que reflejaran la diversidad de pareceres y sugerencias formuladas en el curso del debate.

Se han preparado dos juegos alternativos de disposiciones relativas a la vía judicial y a la vía arbitral, respectivamente, basados ambos en los artículos 21 y 22 de las Reglas de Hamburgo con alguna modificación textual que se estimó oportuna. La variante A de los capítulos 15 y 16 reproduce plenamente el régimen enunciado en las Reglas de Hamburgo, mientras que la variante B de los capítulos 15 y 16 omite aquellos párrafos que el Subcomité Internacional sobre la Uniformidad del Derecho de Transporte Marítimo del CMI sugirió que se suprimiera (véase CMI *Yearbook 1999*, pág. 136 y, con más detalle, CMI *Yearbook 1997*, págs. 350 a 356).

223 Véase *supra* nota 30.

Artículo 74

No podrá incoarse ningún procedimiento judicial relativo al transporte de mercancías, con arreglo al presente instrumento, en un lugar que no esté señalado en los artículos 72 ó 73 del presente artículo. Lo dispuesto en el presente artículo no privará de competencia a ningún tribunal de un Estado Parte para imponer toda medida cautelar que sea del caso.

Artículo 75

1. Cuando se haya ejercitado una acción ante un tribunal competente, a tenor de los artículos 72 ó 73, o cuando dicho tribunal haya pronunciado sentencia, no podrá entablarse ninguna nueva acción entre las mismas partes y por las mismas causas, salvo que la sentencia pronunciada por el tribunal ante el que se ejercitó la primera acción no sea ejecutable en el país en donde se abra el nuevo procedimiento.

2. Para los fines del presente capítulo, no se considerará como ejercicio de una nueva acción la apertura de actuaciones destinadas a obtener la ejecución de una sentencia;

3. Para los fines del presente capítulo, el traslado de una acción a otro tribunal del mismo país o a un tribunal de otro país, que se haga de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73, no se considerará como ejercicio de una nueva acción.

Artículo 75 bis

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores del presente capítulo, surtirá efecto todo acuerdo celebrado por las partes, después de presentado una reclamación basada en el contrato, por el que se designe el lugar donde el demandante podrá ejercitar una acción.

Variante B

Artículo 72

En todo procedimiento judicial relativo al transporte de mercancías con arreglo al presente instrumento, el demandante podrá, a su elección, ejercitar la acción ante un tribunal que sea competente, a tenor de la ley del foro, dentro de cuya jurisdicción esté situado alguno de los lugares siguientes:

a) El establecimiento principal o, a falta de éste, la residencia habitual del demandado; o

[b) El lugar de celebración del contrato, siempre que el demandado tenga en dicho lugar el establecimiento, la sucursal o agencia que intervino en la celebración del contrato; o][224]

c) El lugar de recepción o el lugar de entrega de las mercancías; o

d) Cualquier otro lugar designado al efecto en el título de transporte o en el documento electrónico.

[224] Véase *supra* nota 30.

Artículo 73

Pese a lo dispuesto en el artículo 72, podrá ejercitar su acción ante los tribunales de cualquier puerto o lugar de un Estado Parte en el que el buque que efectúe el transporte [o todo buque que intervenga en dicha operación], o cualquier otro buque que pertenezca al porteador, haya sido embargado de conformidad con la normativa aplicable del derecho interno de dicho Estado o del derecho internacional.

Artículo 74

No podrá incoarse ningún procedimiento relativo al transporte de mercancías, con arreglo al presente instrumento, en un lugar que no sea alguno de los indicados en el artículo 72 o 73 del presente capítulo. Lo dispuesto en el presente artículo no privará de competencia a ningún tribunal de un Estado Parte para la imposición de toda medida cautelar que sea del caso.

Artículo 75

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores del presente capítulo, surtirá efecto todo acuerdo celebrado por las partes, después de presentada una reclamación basada en el contrato de transporte, por el que se designe el lugar en el que el demandante podrá ejercitar una acción.

CAPÍTULO 16. ARBITRAJE[225]

Variante A

Artículo 76

A reserva de lo dispuesto en el presente capítulo, las partes podrán pactar por un acuerdo que conste por escrito que toda controversia relativa a un contrato de transporte al que sea aplicable el presente instrumento sea sometida a arbitraje.

Artículo 77

De haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico negociable, el acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria deberá estar consignado en dicho título o documento, o deberá haber sido expresamente incorporado al mismo por remisión. De haberse estipulado en un contrato de fletamento que toda controversia, a que pueda dar lugar su ejecución, sea sometida a arbitraje y de no haberse consignado expresamente, en todo título de transporte negociable o documento electrónico negociable emitido a raíz de dicho contrato, que dicha estipulación será vinculante para el tenedor de dicho título o documento, el porteador no podrá invocar lo estipulado en el contrato contra un tenedor que haya adquirido de buena fe el título de transporte negociable o el documento electrónico negociable.

[225] Véase *supra* nota 222. La variante A del capítulo 16 reproduce plenamente lo dispuesto en las Reglas de Hamburgo, mientras que la variante B del capítulo 16 omite aquellos párrafos que el Subcomité Internacional sobre Uniformidad del Derecho del Transporte Marítimo de la CMI sugirió que fueran suprimidos.

Artículo 78

El procedimiento arbitral será abierto, a elección del demandante, en alguno de los lugares siguientes:

a) Algún lugar en el territorio del Estado en donde esté situado:

i) El establecimiento principal del demandado o, en su defecto, el lugar de residencia habitual del demandado; o

[ii) El lugar donde se haya celebrado el contrato de transporte, con tal de que el demandado tenga allí el establecimiento, la sucursal o agencia que haya intervenido en la celebración del contrato; o][226]

iii) El lugar donde el porteador o la parte ejecutante haya recibido las mercancías o el lugar de su entrega; o

b) Todo otro lugar que se designe al efecto en el acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria.

Artículo 79

El árbitro o el tribunal arbitral que entiende de la controversia deberá aplicar el régimen del presente instrumento.

Artículo 80

Se entenderá que lo dispuesto en los artículos 77 y 78 forma parte de todo acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria que sea aplicable, por lo que será nula y sin efecto toda estipulación de dicho acuerdo o cláusula que sea incompatible con lo dispuesto en dichos artículos.

Artículo 80 *bis*

Nada de lo dispuesto en el presente capítulo afectará a la validez de un acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria concertada entre las partes.

Variante B

Artículo 76

A reserva de lo dispuesto en el presente capítulo, las partes podrán estipular mediante un acuerdo que conste por escrito que toda controversia nacida de la ejecución de un contrato de transporte al que sea aplicable el presente instrumento será sometida a arbitraje.

Artículo 77

De haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico negociable, el acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria deberá constar en dicho documento o título, o deberá ser expresamente incorporado por remisión al mismo. De haberse estipulado en un contrato de fletamento que toda controversia, nacida de su ejecución, será sometida a arbitraje y de emitirse un título de transporte o un documento electrónico negociable a raíz de dicho contrato en el que no figure indicación expresa alguna de que dicha estipulación será vinculante para el tenedor, el porteador no podrá invocar lo estipulado al respecto en el contrato de fletamento

[226] Véase *supra* nota 30.

contra un tenedor que haya adquirido de buena fe el título de transporte negociable o el documento electrónico negociable.[227]

Artículo 78[228]

Artículo 79

El árbitro o el tribunal de arbitraje aplicará el régimen del presente instrumento a toda controversia.

Artículo 80

Nada de lo dispuesto en el presente capítulo privará de validez a un acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria concertada por las partes después de que haya surgido la controversia relativa al contrato de transporte.

CAPÍTULO 17. ~~15.~~ AVERÍA GRUESA

Artículo 81

~~15.1~~ Nada de lo dispuesto en el presente instrumento impedirá la aplicación de lo estipulado en el contrato de transporte, ni de lo dispuesto en la normativa de derecho interno aplicable, en lo relativo a la liquidación de una avería gruesa[229].

Artículo 82

1.~~15.2~~ [Con la excepción de la disposición relativa al plazo para la presentación de la demanda,] las disposiciones del presente instrumento relativas a la responsabilidad del porteador por pérdida o daño de las mercancías determinarán también si el consignatario podrá negarse a contribuir en caso de avería gruesa y la responsabilidad del porteador de resarcir al consignatario de su contribución a la avería gruesa o al salvamento si lo hubiere.

2. Toda [acción para demandar] [derecho a reclamar] una contribución en un supuesto de avería gruesa [prescribirá] [se extinguirá] si no se ha entablado un procedimiento judicial o arbitral dentro del plazo de [un año] a partir de la fecha de emisión de la declaración de avería gruesa.[230]

---

[227] El texto enmendado de la variante B del artículo 73 relativo al arbitraje no reproduce el artículo 22.2 de las Reglas de Hamburgo, dado que se pensó que el artículo 22.2 de las Reglas de Hamburgo era demasiado pormenorizado.

[228] Se ha omitido este párrafo a fin de que la variante B refleje adecuadamente las conclusiones de lo deliberado en el Subcomité Internacional sobre Uniformidad del Derecho de Transporte Marítimo del CMI. El CMI no llegó a ninguna decisión al respecto de un texto alternativo adecuado. (Consúltese de nuevo, el *Yearbook 1999* del CMI, pág. 113 y el *Yearbook 1997* del CMI, págs. 350 a 356 donde se habla de ello en más detalle.)

[229] Como se observó en el párrafo 186 del documento A/CN.9/526, hubo amplio apoyo en el Grupo de Trabajo a favor de que el contrato de transporte siguiera incorporando por remisión el régimen de las Reglas de York y Amberes relativo a la avería gruesa. Se estimó que el contenido del párrafo 15.1 (ahora artículo 81) era en general aceptable.

[230] Como se indicó en el párrafo 188 del documento A/CN.9/526, se había sugerido que se debería explicitar más claramente que las disposiciones del proyecto de instrumento relativas al plazo para presentar demanda no eran aplicables en un supuesto de avería común o gruesa. Dado que el párrafo 15.2 (ahora párrafo 1) enuncia que las disposiciones relativas a la responsabilidad del porteador serán la que determinen si el consignatario podrá negarse a contribuir a los gastos por concepto de avería gruesa y la responsabilidad al respecto del porteador, resulta confuso la

CAPÍTULO 18. ~~16~~. OTROS CONVENIOS

Artículo 83

~~16.1 bis~~ A reserva de lo dispuesto en el artículo 86~~16.2~~, nada de lo dispuesto en el presente instrumento impedirá que un Estado Contratante aplique algún otro instrumento internacional que esté ya en vigor en la fecha del presente instrumento y que sea imperativamente aplicable a contratos primordialmente destinados al transporte de mercancías por algún modo de transporte que no sea el transporte por mar.[231]

Artículo 84

~~16.2 bis~~ Entre Estados que sean partes en el presente instrumento, su régimen prevalecerá sobre el de todo otro tratado anterior en el que también sean partes [cuando alguna de sus disposiciones sea incompatible con la de esos instrumentos][232].

Artículo 85

~~16.1~~ El presente instrumento no modificará los derechos ni las obligaciones del porteador, o de la parte ejecutante, previstos en otros convenios internacionales o normas de derecho interno que regulen los límites de la responsabilidad relativos a la explotación comercial de buques [~~de navegación marítima~~][233].

---

referencia que se hace a la disposición relativa al plazo para presentar demanda. Se sugiere suprimir dicha referencia. Ello será particularmente importante si se inserta una disposición expresamente destinada a regular el plazo para presentar la demanda.

Como se sugirió en el párrafo 188 del documento A/CN.9/526, debería formularse una disposición aparte relativa al plazo para la presentación de una demanda por concepto de avería gruesa, que dijera, por ejemplo, que el plazo para presentar una demanda por dicho concepto empieza a correr a partir de la emisión de una declaración de avería común o gruesa. Se ha preparado un texto insertado al final del párrafo 15.2 (ahora párrafo 2). Dicho texto debería probablemente servir tanto para la demanda de una contribución como para la demanda de indemnización.

En el párrafo 189 del documento A/CN.9/526, se suscitó la cuestión de si el párrafo 15.2 (ahora párrafo 1) debía ser también aplicable a la responsabilidad por pérdidas imputables a demora y sobrestadías. No parece que el Grupo de Trabajo haya adoptado ninguna decisión al respecto.

231 Como se mencionó anteriormente respecto del apartado 4.2.1 (ahora artículo 8) y respecto de la relación existente entre el proyecto de instrumento y otros convenios de transporte y con el derecho interno (véase nota 42 *supra*), se encomendó también a la Secretaría, en los párrafos 247 y 250 de A/CN.9/526, que preparara una disposición de conflicto de convenios para su inserción eventual en el artículo 16 (ahora capítulo 18). Se sugiera que esa labor no debería afectar adversamente a la sugerencia que se hace en la siguiente nota, sino que debe complementarla. El texto del nuevo párrafo 16.1 *bis* (ahora artículo 83) está tomado del artículo 25 5) de las Reglas de Hamburgo.

232 La sugerencia en el párrafo 196 del documento A/CN.9/526 de que sería conveniente que se enmendara el párrafo 16.1 (ahora artículo 85) insertando algún texto por el que se disponga que el régimen del proyecto de instrumento prevalecerá sobre el de todo otro convenio de transporte salvo respecto de aquellos Estados que no sean miembros en el nuevo instrumento es conforme a lo dispuesto en el artículo 30 4) de la Convención de Viena. Se sugiere, no obstante, que esta nueva disposición sea formulada en un párrafo aparte, y no en el párrafo 16.1 (ahora artículo 85), que se ocupa de un problema distinto y más concreto y resuelve dicho problema en sentido contrario. La nueva disposición figura como párrafo 16.2 *bis* (ahora artículo 84).

233 Se ha suprimido el término “navegación marítima” del párrafo 16.1 (ahora artículo 85), conforme se sugirió en el párrafo 197 del documento A/CN.9/526.

Artículo 86

~~16.2~~ No se incurrirá en responsabilidad en virtud de ~~las disposiciones del~~ presente instrumento por toda pérdida, daño o retraso en la entrega del equipaje, que sea imputable al porteador con arreglo a todo otro convenio o norma de derecho interno relativa al transporte de pasajeros con equipaje [por mar][234].

Artículo 87

~~16.3~~ No se incurrirá en responsabilidad alguna con arreglo ~~a las disposiciones del~~ al presente instrumento por el daño ocasionado por un accidente nuclear, cuando dicho daño sea imputable a una empresa explotadora de una instalación nuclear:

a) con arreglo al Convenio de París ~~de 29 de julio de 1960~~, acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear de 29 de julio de 1960 conforme fue enmendado por un Protocolo adicional de 28 de enero de 1964, con arreglo a la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, de 21 de mayo de 1963, conforme fue enmendada por el Protocolo Común relativo a la aplicación de la Convención de Viena y el Convenio de París de 21 de septiembre de 1988, y conforme fue enmendada por el Protocolo de Enmienda de 1963 de la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 12 de septiembre de 1997, o con arreglo a la Convención sobre indemnización suplementaria por Daños Nucleares de 12 de septiembre de 1997, o

b) en virtud del derecho interno aplicable a la responsabilidad por tales daños, con tal de que su régimen sea al menos igual de favorable para toda persona que haya sufrido daños como el régimen del Convenio de París o de la Convención de Viena o el de la Convención sobre indemnización suplementaria por daños nucleares.[235]

---

[234] Conforme se indicó en el párrafo 199 del documento A/CN.9/526, se ha colocado entre corchetes las palabras “por mar”.

[235] Conforme se observó en el párrafo 202 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que actualizara la lista de convenciones y de instrumentos internacionales del párrafo 16.3 (ahora artículo 87) y que preparara un párrafo 16.3 (ahora artículo 87) revisado, en el que se reflejaran debidamente los pareceres expresados.
En el párrafo 200 de A/CN.9/526, se señaló que la lista de convenciones del párrafo 16.3 (ahora artículo 83) no es completa y se mencionó el Protocolo de 1998 por el que se enmienda la Convención de Viena de 1963.
En el párrafo 201 de A/CN.9/526 se sugirió que cabría añadir otras convenciones relativas al régimen de la responsabilidad en la lista del párrafo 16.3 (ahora artículo 87), tales como las relativas a daños por conceptos de contaminación y accidentes. Ahora bien, se formularon ciertas objeciones al respecto, por lo que se sugirió que la revisión que se hiciera a raíz de lo indicado en el párrafo 202 de A/CN.9/526 se ocupara únicamente de los instrumentos relativos a daños nucleares.

CAPÍTULO 19.~~17.~~ [LÍMITES DE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL] [ESTIPULACIONES CONTRACTUALES][236]

Artículo 88

1. ~~17.1 a)~~ Salvo que el presente instrumento disponga otra cosa, toda estipulación contractual que se aparte ~~de las disposiciones~~ del régimen del presente instrumento será nula y sin efecto, siempre y cuando, y en la medida, que dicha estipulación esté destinada o surta el efecto de excluir, [o] limitar [, o incrementar] la responsabilidad por el incumplimiento de cualquier obligación del porteador, de una parte ejecutante, del cargador de la parte controladora, o del consignatario con arreglo ~~a las disposiciones~~ al régimen del presente instrumento.[237]

2. ~~b)~~ ~~[~~No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 ~~a)~~, el porteador o una parte ejecutante podrá aumentar la responsabilidad y las obligaciones que le incumben con arreglo al presente instrumento.~~]~~[238]

3. ~~c)~~ Será nula y sin efecto cualquier estipulación por la que se ceda un beneficio del seguro de las mercancías al porteador.[239]

Artículo 89

~~17.2~~ No obstante ~~las disposiciones de~~ lo dispuesto en los capítulos 4 ~~5~~ y 5 ~~6~~ del presente instrumento, tanto el porteador como cualquier parte ejecutante podrá conforme a lo estipulado en el contrato de transporte: ~~excluir o limitar su responsabilidad por pérdida o daño de las mercancías~~

a) excluir o limitar su responsabilidad si las mercancías son animales vivos salvo que se pruebe que la pérdida, daño o demora resultó de un acto u omisión del porteador, de sus empleados o agentes efectuada con negligencia temeraria y a sabiendas de que se ocasionaría probablemente dicha pérdida, daño o demora, o

---

236 Como se observó en el párrafo 204 del documento A/CN.9/526, se había sugerido que el título de este proyecto de artículo debería ser revisado a fin de reflejar más exactamente el contenido de lo en él dispuesto, que no se ocupaba únicamente de los "límites de la autonomía contractual" en general, sino que se ocupaba también de toda cláusula por la que se limitara o elevara el nivel de la responsabilidad incurrida por las diversas partes involucradas en un contrato de transporte. Cabe señalar como posible variante el título del artículo 23 de las Reglas de Hamburgo "Estipulaciones contractuales", por lo demás cabría indicar en dicho título la índole básicamente imperativa del régimen del Instrumento.

237 Como se observó en el párrafo 213 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo decidió mantener el texto del apartado 17.1 a) (ahora párrafo 1) en el proyecto de instrumento, insertando entre corchetes las palabras "o elevar", aplazando la deliberación al respecto a un futuro período de sesiones, tal vez sobre la base de una o más propuestas nuevas. Se sugirió en el párrafo 212 de A/CN.9/526, que se facilitara a la Secretaría un proyecto de disposición por el que se excluyera los "contratos competitivamente negociados entre partes en buena posición negociadora" antes del comienzo del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo, y que se tuvieran en cuenta, al redactar dicha propuesta, las inquietudes mencionadas en los párrafos 205 a 211 de A/CN.9/526.

238 Como se observó en el párrafo 214 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido del apartado 17.1 b) (ahora párrafo 2) era en general aceptable. Se decidió suprimir los corchetes que englobaban a esa disposición.

239 Como se indicó en el párrafo 215 del documento A/CN.9/526 el Grupo de Trabajo estimó que el contenido del apartado 17.1 c) (ahora párrafo 3) era en general aceptable.

b) excluir o limitar su responsabilidad por la pérdida o daños de las mercancías si la índole o la condición de las mercancías o las circunstancias y las condiciones en las que se haya de efectuar el transporte son tales que justifiquen razonablemente la concertación de un acuerdo especial, con tal de que dicho acuerdo no concierna a remesas comerciales ordinarias expedidas en el curso normal de un negocio y de que no se emita título negociable alguno ni ningún documento electrónico negociable para el transporte de las mercancías.[240]

[240] Como se observó en el párrafo 217 del documento A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo decidió que el contenido del apartado 17.2 a) (ahora párrafo a)) debía ser mantenido en el proyecto de instrumento a fin de proseguir las deliberaciones al respecto en algún período ulterior de sesiones. Se pidió a la Secretaría que prepara alguna formulación alternativa que limitara las facultades del porteador o de la parte ejecutante, que transportaran animales vivos, para exonerarse de su responsabilidad en supuestos de falta grave o de conducta culpable. Se observó además en el párrafo 218 del documento A/CN.9/526 que el Grupo de Trabajo había estimado que el contenido del apartado 17.2 b) (ahora párrafo d)) era en general aceptable. Las modificaciones sugeridas en los apartados 17.2 a) y b) (ahora párrafos a) y b) actuales) obliga a introducir ciertas modificaciones en el encabezamiento. En lo concerniente a los animales vivos, se sugirió que cabría utilizar alguna formulación similar a la empleada respecto a la pérdida del derecho a limitar la responsabilidad, extendiendo, no obstante, la salvedad por concepto de comportamiento temerario a los empleados o agentes.

D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 12º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [por mar] de mercancías: Propuesta de los Países Bajos sobre la aplicación de puerta a puerta del instrumento

(A/CN.9/WG.III/WP.33) [Original: inglés]

Durante los preparativos del 12º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno de los Países Bajos presentó el texto de una propuesta relativa al alcance y la estructura del proyecto de instrumento, para su examen por el Grupo de Trabajo. El texto de esa propuesta figura en el anexo a la presente nota y ha sido reproducido tal como fue presentado a la Secretaría.

Índice

		Párrafos
1.	Resumen de la posición	a)-i)
2.	Alcance general del proyecto de la CNUDMI	1-3
3.	Ámbito de aplicación de otros convenios de transporte	4-9
4.	El enfoque contractual puede suscitar cuestiones de interpretación	10-15
5.	¿Cabe hablar de una solución para este problema multimodal?	16-29
	- sistema interconectado	16-17
	- régimen uniforme	18-21
	- régimen “unimodal complementado”	22-29
Anexo 1.	Rasgos significativos de otros convenios	30-38
Anexo 2.	Cabe sugerir la posibilidad de sustituir el texto del art. 1.1 y el art. 2 del CMR	39-41

Anexo

1. Resumen de la posición

a) La extensión del ámbito de aplicación del proyecto de la CNUDMI al transporte que precede y/o sigue a un tramo marítimo responde a una práctica comercial actual: la mayoría de los contratos de transporte marítimo se extienden, en la actualidad, al transporte de puerta a puerta. Por lo tanto, no tendría mucho sentido la elaboración de un nuevo convenio marítimo que regulara únicamente el transporte de puerto a puerto, ya que con ello se estaría añadiendo otro convenio marítimo más a los ya existentes.

b) La práctica del transporte de puerta a puerta puede observarse igualmente en otras modalidades de transporte. Por ello, los convenios relativos a estas otras modalidades, en particular los más recientes, reflejan también esta necesidad de adoptar ese mismo enfoque del denominado "régimen unimodal complementado".

c) Ahora bien, el denominado "régimen marítimo complementado", conforme se ha formulado en el actual proyecto, puede dar lugar a conflictos de convenios, debido a que las disposiciones relativas al ámbito de aplicación de los convenios no marítimos vigentes no son, por lo general, lo bastante claras: cabe preguntarse si se refieren a cierta categoría de contratos o a una cierta modalidad de transporte

Si se refieren a cierta categoría de contratos, como por ejemplo los contratos de transporte por carretera, cabe argüir que no son aplicables al tramo no marítimo de un contrato de transporte marítimo de puerta a puerta. Si se refieren a una determinada modalidad de transporte, cabe, por el contrario, argüir que sí son aplicables a los tramos no marítimos de una operación de transporte marítimo de puerta a puerta.

Este problema se suscita en particular respecto del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR).

d) La solución por la que se ha optado en el proyecto de la CNUDMI para prevenir los conflictos de convenios, a saber, la inclusión de los artículos 4.2.1 y 4.2.2, es aceptable en opinión de los Países Bajos. Dicha solución de una red de interconexión limitada reduce, en lo posible, la eventualidad de conflictos con otros convenios. No obstante, subsiste en dicha solución una posibilidad residual de conflicto respecto de toda cuestión ajena al régimen de la responsabilidad.

e) Cabe citar como soluciones alternativas para el transporte multimodal: i) la de un convenio multimodal uniforme, o ii) la de un convenio multimodal con red de interconexión plena (es decir, que incluya las cuestiones ajenas al régimen de la responsabilidad). En la opinión de los Países Bajos, cada una de estas dos soluciones presenta inconvenientes importantes. Además, en la medida en que no se aclare el ámbito de aplicación de los convenios unimodales existentes, el problema de los conflictos de convenios subsistirá tanto en una alternativa como en otra.

f) Si se está de acuerdo en que hará falta alinear las disposiciones relativas al ámbito de aplicación de los convenios unimodales existentes para el buen funcionamiento de cualquiera de las soluciones a largo plazo anteriormente propuestas para el transporte multimodal, cabría también sugerir otra posible solución a largo plazo, la de enmendar el régimen de todo convenio unimodal existente a fin de extender su ámbito de aplicación al transporte por otros medios en los tramos que antecedan o que sigan al segmento principal de la operación de transporte, insertando además una disposición idéntica de conflicto de convenios en cada convenio unimodal así enmendado. Véanse los párrafos 133 a 137 del documento WP.29.

g) Este nuevo enfoque general 'unimodal complementado' merece mayor atención y estudio, ya que puede que ofrezca una salida del actual estancamiento en la búsqueda de soluciones al problema del transporte multimodal. Es posible que dicho estudio concluya que un régimen 'unimodal complementado' es perfectamente compatible con las prácticas actuales de los cargadores y de los porteadores, y que

dicho régimen tal vez sirva para resolver además la llamada 'cuestión de las travesías cortas' en Europa.

h) En el supuesto de que este nuevo enfoque general 'unimodal complementado', que aquí se propone, encuentre el apoyo suficiente, la disposición relativa al conflicto de convenios, que se habrá de introducir en cada uno de los convenios potencialmente aplicables, podría ofrecer a las partes, en una operación de transporte multimodal de puerta a puerta, la posibilidad de elegir el convenio aplicable a su operación, siempre que más de uno sean potencialmente aplicables.

i) Ya que esta idea de un régimen 'unimodal complementado', como solución general para el transporte multimodal, requiere más estudio, por el momento, no cabe decir que ofrezca una alternativa al régimen de los artículos 4.2.1 y 4.2.2. En la opinión de los Países Bajos, un régimen general 'unimodal complementado' tampoco excluiría ninguna de las propuestas mencionadas en los párrafos 138 a 185 del documento WP.29. Por consiguiente, aun cuando se apruebe alguna de esas propuestas, cabría adaptar, en una etapa ulterior, el proyecto de la CNUDMI para configurarlo en forma de un régimen general 'unimodal complementado' (por ejemplo, mediante un protocolo adicional), sin que ello afecte a la propuesta aprobada, siempre que dicha adaptación se estime conveniente.

2. Alcance general del proyecto de la CNUDMI

1. El proyecto de la CNUDMI se aplica a los "contratos de transporte" (en los que el lugar de recepción y el de entrega se encuentren en diferentes Estados) véase el artículo 3.1. Este "contrato de transporte" se define como "un contrato en virtud del cual un porteador [...] se compromete a transportar las mercancías total o parcialmente por mar" (art. 1.5). "Porteador" se define como una persona que concierta un contrato, véase el art. 1.1.

2. Cabe deducir de estas referencias que el proyecto de la CNUDMI adopta un enfoque contractual. Dicho enfoque se aplica a cierta categoría de contratos que reúnen ciertas características operacionales y económicas especiales. Dicha categoría es la del contrato de transporte marítimo que, en la práctica actual, se emplea, en gran parte o en la mayoría de los casos, para el transporte de puerta a puerta. Esto significa que las mercancías no sólo se transportan en buques destinados a la navegación marítima, sino también por otros medios de transporte cuando éstos otros medios se utilizan para el transporte que precede o que sigue al transporte en buques destinados a la navegación marítima. Este ámbito de aplicación puede calificarse como de transporte 'marítimo extendido o complementado'.

3. Además, hay que tener presente que el proyecto de la CNUDMI no se ocupa únicamente de cuestiones relativas a la responsabilidad. También se ocupa de los derechos y obligaciones de las partes, nacidos de un 'contrato de transporte marítimo' conforme al mencionado anteriormente, lo que amplía su alcance mucho más allá de la mera responsabilidad por pérdida o daño de las mercancías, o por demora en su entrega.

3. Ámbito de aplicación de otros convenios de transporte[1]

4. En el Anexo 1 se hace una comparación sucinta con el régimen de otros convenios. En los párrafos 5 a 9 siguientes figura un resumen.

5. La totalidad de los convenios sobre transporte mencionados en el Anexo 1 se aplican a una determinada categoría de contratos de transporte. Como en el caso del proyecto de la CNUDMI, todos ellos siguen el principio del enfoque contractual. Sin embargo, sus disposiciones relativas al ámbito de aplicación pueden dar lugar en la práctica a problemas de interpretación. Consúltese el párrafo 10.

6. En todo convenio unimodal el contrato de transporte se define en función de una sola modalidad de transporte, pero esos convenios pueden también referirse, en cierta medida, a alguna otra modalidad de transporte, salvo en el caso de los convenios marítimos y terrestres. Los ejemplos más claros son los siguientes:

- El Convenio de Montreal regula los servicios de recogida y entrega (sin limitación geográfica expresa) así como cierta medida de transporte por carretera, sin distinción de si se trata de transporte por carretera interno o internacional.
- Las Reglas Uniformes COTIF-CIM de 1999 para el transporte ferroviario son aplicables a ciertos servicios incluidos en una lista de navegación marítima e interior, sin distinguir si se trata de servicios de ámbito interno o internacional, así como a ciertos supuestos de transporte interno por carretera y por vías de navegación interior efectuados por servicios no incluidos en esa lista.

7. Las Reglas de Hamburgo permiten la aplicación del régimen de otros convenios a supuestos de transporte marítimo cuando el segmento marítimo no sea la modalidad principal de transporte. Merece destacarse que esa disposición sobre conflictos de regímenes aplicables no se ha recogido en otros convenios más recientes.

8. Los convenios de transporte por carretera, ferroviario y aéreo regulan también otras cuestiones contractuales distintas de la responsabilidad del porteador por pérdida o daño de las mercancías o por demora en su entrega.

9. Cabe inferir de la comparación que se hace en el Anexo 1, que los rasgos distintivos del alcance general del proyecto de la CNUDMI, a saber, el 'enfoque contractual', el régimen 'unimodal complementado' y la regulación de otras cuestiones contractuales distintas de las cuestiones relativas a la responsabilidad del porteador están ya, en cierta medida, incluidas en los convenios de transporte no marítimo.

La diferencia principal con el proyecto de la CNUDMI radica en que este último profundiza más en dichos rasgos.

---

[1] Las referencias a los instrumentos internacionales que figuran en este documento son las mismas que figuran en el párrafo 5 del documento WP.29.

4. El enfoque contractual puede suscitar cuestiones de interpretación

10. Se ha de reconocer que cabe interpretar las disposiciones relativas al ámbito de aplicación de los convenios de transporte *unimodal* como si dicho ámbito se extendiera también a todo tramo de transporte internacional, que se efectúe según la modalidad propia de cada convenio, en el marco de un contrato de transporte *multimodal*. El ejemplo más claro sería el de un segmento de transporte internacional por carretera que preceda o que siga a un segmento aéreo o marítimo. Cabe interpretar el artículo 1.1 del CMR en el sentido de que el régimen de dicho Convenio sea también aplicable al transporte que preceda o que siga al segmento por carretera. Al final de los párrafos 62 y 63 del documento WP.29 se mencionan los "firmes" argumentos a favor de esta interpretación, que figura, además, en los párrafos 115 y 116 del documento WP.29. Dicha interpretación tiene por corolario que dos o más convenios de transporte pueden ser aplicables a un único contrato de transporte multimodal.

11. La cuestión no es saber si esta interpretación es correcta o falsa. Esta interpretación es posible y su consecuencia no es otra que la de superponer el ámbito de aplicación del proyecto de la CNUDMI con el de otros convenios unimodales. Esa superposición abre las puertas a posibles conflictos de convenios. Al deseo de evitar dichos conflictos, imputables a la falta de claridad de las disposiciones relativas al ámbito de aplicación de otros convenios de transporte), se debe que se haya introducido el artículo 4.2 en el proyecto de la CNUDMI. Dicho artículo da prelación al régimen de responsabilidad del porteador del otro convenio de transporte aplicable.

12. No obstante, este artículo 4.2 se limita intencionadamente a cuestiones relativas a la responsabilidad del porteador. No regula los conflictos posibles entre las disposiciones de dichos convenios relativas a cuestiones distintas de la responsabilidad. Respecto de estas cuestiones ajenas al régimen de la responsabilidad, no es concebible que las distintas partes en una sola operación de transporte se rijan por disposiciones tal vez no compatibles. Por ejemplo, si se emite un título negociable para el transporte de una remesa puerta a puerta, ¿cabe pensar que dicho título pase a ser no negociable en el momento en que se inicie el tramo terrestre de la operación de transporte? De ser así, ello perturbaría a los compradores y vendedores, en el marco de un contrato de compraventa internacional. Cabe citar como ejemplo que en virtud del CMR, el derecho de los expedidores y consignatarios a dar instrucciones está vinculado a (un determinado ejemplar) de un documento emitido que, en el sistema del CMR, práctica que notablemente difiere de las propuestas correspondientes que figuran en el proyecto de la CNUDMI.

Respecto de estas otras cuestiones contractuales, el proyecto de la CNUDMI refleja el régimen, los usos y las prácticas del contrato de transporte marítimo, que pueden diferir, y en muchos casos difieren de las fuentes recogidas en otros convenios unimodales. De hecho, todos los convenios unimodales de transporte reflejan los usos y las prácticas comerciales propias de su modalidad de transporte.

13. Por lo tanto, si se hubiera ampliado el alcance del artículo 4.2, otorgando prelación plena a todo el régimen del convenio aplicable al transporte por tierra, para los tramos terrestres de un transporte marítimo, se habría creado una fuente de ambigüedad con respecto a un gran número de derechos y obligaciones de las partes

ajenos al régimen de la responsabilidad del porteador por pérdida o daño de las mercancías o por demora en su entrega. Un sistema de red de interconexión puede ser viable, con respecto al régimen de la responsabilidad del porteador, aisladamente considerado. Pero, con respecto a las disposiciones que regulan otras cuestiones contractuales ajenas a la responsabilidad del porteador, se habrá de optar entre aplicar el régimen de un convenio o del otro a la totalidad del contrato multimodal.

14. Ya que el proyecto de la CNUDMI regula el contrato de transporte marítimo y sus disposiciones ajenas al régimen de responsabilidad del porteador son reflejo del derecho, los usos y las prácticas del comercio marítimo, no le queda más remedio que otorgar prelación a su propio régimen en todo lo que sea ajeno a la responsabilidad del porteador sobre todo régimen de cualquier otro convenio de transporte que con arreglo a sus propios términos se declare aplicable a las actividades terrestres del porteador marítimo.

15. Por consiguiente, los Países Bajos, si bien son conscientes de que, con arreglo a la interpretación mencionada en los párrafos 115 y 116 del documento WP.29, no puede excluirse totalmente un conflicto de convenciones, consideran que esos posibles conflictos son inevitables y tolerables, habida cuenta de que todo convenio de transporte debe recoger los usos y prácticas de su propia modalidad de transporte a fin de lograr un nivel suficiente de aceptación comercial. No obstante, el objetivo político final debe ser encontrar una solución duradera para los contratos de transporte multimodal evitando las posibles situaciones de conflicto de convenios.

5. ¿Cabe hablar de una solución para este problema multimodal?

16. Hasta la fecha la búsqueda de soluciones para el problema multimodal se ha centrado en el llamado sistema interconectado y/o en el régimen uniforme.

La principal ventaja del sistema interconectado es que se dice que no interfiere con ninguno de los regímenes unimodales vigentes debido a su adaptación automática a la realidad concreta de la modalidad de transporte utilizada. No obstante, tiene los siguientes inconvenientes: i) es heterogéneo y oportunista en sus determinaciones y, por consiguiente, imprevisible para el cargador, ii) no siempre es posible la atribución de la responsabilidad al segmento correspondiente a una determinada modalidad de transporte, por lo que conlleva la necesidad de un régimen de responsabilidad subsidiaria, y iii) existe el riesgo de que se deje alguna laguna entre las diferentes modalidades de transporte.

17. Hay que señalar que, en el ámbito del sistema interconectado, no se ha prestado demasiada atención a las "demás cuestiones contractuales" anteriormente mencionadas. Este sistema se ha centrado siempre en la responsabilidad del porteador por daños en la carga. En opinión de los Países Bajos, es primordial que se cumplan (por lo menos) dos condiciones jurídicas antes de que un sistema interconectado pleno pueda aplicarse adecuadamente a un contrato de transporte multimodal:

a) reformular las disposiciones relativas al ámbito de aplicación de todo convenio unimodal a fin de que quede claro que su régimen es aplicable a determinadas modalidades de transporte y no a determinadas categorías de contrato, y

b) incorporar a cada convenio unimodal una disposición pertinente de conflicto de convenios (lo que tal vez sea complicado) a fin de evitar los conflictos

a que pueda dar lugar la diversidad de los regímenes de los convenios aplicables, en lo relativo a cuestiones "ajenas a la responsabilidad eventual del porteador".

18. La alternativa actual al sistema interconectado es el régimen uniforme. El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías ha tratado de darnos dicho régimen uniforme. Sus principales ventajas son su facilidad de aplicación y la previsibilidad de sus consecuencias. No obstante el Convenio Multimodal no llegó a entrar en vigor, posiblemente a causa de que su régimen se apartaba excesivamente de la práctica comercial imperante.

19. La cuestión del conflicto de convenios eventualmente aplicables también reviste importancia para el Convenio Multimodal de 1980. La interpretación que se da a las disposiciones relativas al ámbito de aplicación de los convenios de transporte unimodal, mencionada en los párrafos 115 y 116 del documento WP.29, provoca igualmente conflictos con el enfoque contractual adoptado por el Convenio Multimodal de 1980. Para que este último pueda coexistir con los convenios de transporte unimodal, será también preciso armonizar las disposiciones relativas al ámbito de aplicación de los convenios unimodales. Conviene aclarar que el alcance del régimen de esos convenios está limitado al contrato que se utiliza para determinada modalidad de transporte, por lo que su régimen no será aplicable a dicha modalidad de transporte cuando corresponda a un tramo de una operación de transporte que se rija por un contrato de transporte multimodal.

20. De los párrafos 17 y 19 se puede extraer la conclusión de que el problema multimodal no puede resolverse sin una armonización general y preferiblemente coordinada de las disposiciones relativas al ámbito de aplicación de todos los convenios de transporte unimodal.

21. Tan pronto como se reconozca que una solución al problema multimodal exige cierta enmienda (coordinada) de los convenios de transporte unimodal, será posible ofrecer otras alternativas a la disyuntiva actual de un sistema interconectado o de un sólo régimen de responsabilidad uniforme como posibles soluciones del problema multimodal.

22. Una de estas posibles alternativas es la da generalizar el sistema del "régimen unimodal complementado", como se menciona en los párrafos 133 a 137 del documento WP.29. Esta solución consistiría en generalizar la tendencia de los convenios de transporte más recientes a extender su alcance a otros tramos complementarios de la operación principal de transporte, pese a que se lleven a cabo por alguna otra modalidad de transporte. Consúltese el párrafo 6 *supra*. Dicha prolongación de su respectivo ámbito de aplicación no debe limitarse a los tramos internos de la operación de transporte que se efectúen por otros medios, o a un tramo auxiliar efectuado por una sola modalidad, sino que debe hacerse respecto de cualquier otro tipo de transporte que preceda o que siga a la modalidad "propia" del convenio de transporte primordialmente aplicable.

Por ejemplo, habría que posibilitar no sólo que el CMR se aplique al transporte internacional de mercancías por carretera, sino también que continúe aplicándose en el caso de que esas mercancías hayan de ser ulteriormente transportadas por vía férrea, incluso cuando dicho transporte ferroviario complementario atraviese una frontera. Lo mismo cabría decir respecto de las Reglas Uniformes COTIF-CIM de 1999: este convenio también debería extender el alcance de su régimen a otras formas de transporte internacional por carretera. De esta forma, dos convenios podrían ser igualmente aplicables a una misma operación de transporte. El convenio

que deba efectivamente aplicarse en cada caso se determinará mediante una disposición de conflicto de convenios que ha de incluirse en los dos convenios. Esta disposición de conflicto deberá ser, en principio, idéntica para los dos convenios.

23. Esta solución alternativa al problema multimodal respondería también a la tendencia actual según la que la práctica totalidad de los transportistas unimodales ofrecen servicios de transporte a destinos para los que habrán de utilizar medios de transporte que no son de su propia modalidad. Con dicha oferta se limitan a responder a la demanda en dicho sentido de sus clientes. La mayoría de dichos transportistas o porteadores prefieren trabajar conforme a las condiciones habituales de su ramo y que tanto ellos como sus aseguradores conocen a fondo. Por consiguiente, la disposición de conflicto de convenios más recomendable pudiera ser, para los casos en que sea aplicable más de un convenio, aquella que permita que las partes en el contrato de transporte elijan el convenio aplicable a su contrato. De permitirse que sean las partes comerciales las que determinen el convenio aplicable, cabe prever que, en la práctica, dicha elección rara vez sea explícita. Por ejemplo, si el expedidor solicita a un transportista ferroviario europeo un presupuesto, recibirá una tarifa de precios conforme a las condiciones a las que ese transportista y sus aseguradores están acostumbrados: las de las Reglas Uniformes COTIF-CIM. Pero si pide dicho precio a un transportista por carretera europeo, recibirá una tarifa conforme a las condiciones a las que dicho transportista está acostumbrado: las del Convenio CMR. En ambos casos, se obraría en función de un solo contrato y de un solo juego de condiciones, lo que responde al objetivo final de todo sistema multimodal. Mientras que los transitarios tal vez puedan ofrecer uno u otro régimen, y en teoría incluso un precio distinto.

24. Dicho sistema del "régimen unimodal complementado" generalizado combina las ventajas del sistema interconectado y del régimen uniforme, ya que goza de la ventaja de aplicar regímenes de convenios que ya están ampliamente aceptados en la práctica comercial. Además, evita el inconveniente del sistema interconectado, a saber, las complicaciones de la heterogeneidad, así como de la responsabilidad subsidiaria y de la existencia de posibles lagunas entre las distintas modalidades. Pero dicho sistema presenta un inconveniente: se habrán de enmendar los convenios unimodales en vigor, y habrá de procurarse hacerlo concertadamente. Pero este inconveniente lo comparte con el sistema del régimen uniforme y con el sistema interconectado.

25. Es obvio que, si se extiende concertadamente el ámbito de aplicación de todos los convenios unimodales, de conformidad con la propuesta enunciada en los párrafos 22 y 23, todos esos convenios modificados deberán incluir en su texto una disposición de conflicto de convenios, por la que se respete la elección eventual de las partes. En otras palabras, todo convenio unimodal deberá permitir que su régimen no se aplique a un contrato de transporte, en todo supuesto en el que las partes opten en su contrato por otro convenio, que sea también aplicable con arreglo a sus propios términos.

26. A modo de ejemplo, en el párrafo 40 del Anexo 2 se presenta un proyecto de disposición de conflicto de convenios. (A este respecto, es significativo que el artículo 25.4 de las Reglas de Hamburgo prevea ya una situación en la que otro convenio puede ser aplicable al tramo marítimo de un transporte multimodal.)

27. En el supuesto de que sea el mercado el que decida, dentro de ciertos límites, cuál ha de ser el convenio aplicable a cierta modalidad de una operación de transporte multimodal, cabría esperar en el futuro que:

- para el transporte aéreo intercontinental (incluido el transporte interior que lo preceda y/o siga) se opte por el Convenio de Montreal;
- para el transporte marítimo intercontinental (incluido el transporte interior que lo preceda y/o siga) se opte por el proyecto de la CNUDMI (una vez que haya entrado en vigor);
- para el transporte por tierra dentro de Europa (incluidas las travesías marítimas cortas, como por ejemplo las travesías del Mar del Norte y del mar Báltico en transbordador, las travesías cortas internacionales a territorios insulares, etc.) se opte por el CMR o por las Reglas Uniformes COTIF-CIM de 1999;
- para otros transportes regionales se opte por convenios de ámbito regional que se ajusten a las circunstancias específicas de la región correspondiente.

28. En opinión de los Países Bajos, un sistema generalizado del denominado "régimen unimodal complementado" conforme a lo anteriormente expuesto merecería ser objeto de estudio profundizado, ya que representa una posible solución al problema multimodal.

Si dicho estudio concluye que un sistema de "regímenes unimodales complementados" podría obtener el respaldo requerido, se habría de sustituir, en una etapa subsiguiente el artículo 4.2 del proyecto de la CNUDMI por una disposición de conflicto de convenios, que previera la posibilidad de que otros convenios sean aplicables al tramo marítimo de un transporte internacional, si así lo estipulan las partes, en su contrato.

29. El eventual proceso de materializar un sistema general de "regímenes unimodales complementados" llevará tiempo, lo que podría afectar negativamente a la urgencia del proyecto de la CNUDMI. En consecuencia, no parece que sea posible, de momento, sustituir los artículos 4.2.1 y 4.2.2 por dicho sistema. No obstante, en opinión de los Países Bajos, un sistema general de "regímenes unimodales complementados" tampoco sería incompatible con ninguna de las propuestas mencionadas en los párrafos 138 a 185 del documento WP.29. Por consiguiente, la adopción de cualquiera de dichas propuestas para el proyecto de la CNUDMI no impediría que se incorpore ulteriormente al proyecto de la CNUDMI un sistema basado en la generalización de la técnica del "régimen unimodal complementado", una vez que dicho sistema hubiera logrado suficiente respaldo como solución viable de la problemática inherente al transporte multimodal. Dicha incorporación podría efectuarse, por ejemplo, mediante la preparación de un protocolo adicional del futuro convenio. En opinión de los Países Bajos, el contenido de dicho protocolo adicional no interferiría tampoco con ninguna de las propuestas mencionadas anteriormente, en caso de que alguna de ellas fuera aprobada.

Anexo 1

Rasgos significativos de otros convenios

30. Convenio de Varsovia

Según su art. 1.1, este convenio no será aplicable a un contrato sino a una modalidad de transporte: "todo transporte internacional de ... mercancías ... en aeronave ". Pero, ya en la próxima sección, se define en su art. 2.1, al transporte internacional "como "todo transporte en el que, de acuerdo con lo estipulado por las partes, el punto de partida y el punto de destino ... están situados ... en el territorio de dos Altas Partes Contratantes, ..." y en el art. 5.2 (art. 6.2 COTIF-CIM) se dice que la ausencia de la carta de porte no afectará a la existencia o validez del contrato de transporte, que se regirá ... no obstante por el régimen del presente convenio. De lo que cabe deducir que el Convenio de Varsovia será también aplicable a todo contrato de transporte por vía aérea.

Respecto de los aspectos multimodales de la operación de transporte, según su art. 31, el régimen del Convenio de Varsovia será aplicable únicamente al segmento aéreo del transporte, pero se autoriza explícitamente la inserción, en el documento de transporte aéreo, de condiciones que sean aplicables a los tramos que hayan de efectuarse por otras modalidades de transporte.

El período de responsabilidad del transportista corresponde al período durante el cual las mercancías hayan quedado a cargo suyo. Este período se extiende, en cierta medida, explícitamente a tramos de la operación de transporte efectuados por tierra: el art. 18.3 enuncia una presunción de que, en toda operación de transporte llevada a cabo fuera del aeropuerto para los fines de cargar, entregar o trasbordar las mercancías, todo daño que se produzca será imputable a un incidente sobrevenido durante el segmento aéreo de la operación de transporte. El Convenio no fija límite geográfico alguno para dichos 'servicios de recogida y entrega'.

En lo concerniente a las cuestiones ajenas al régimen de la responsabilidad, el Convenio de Varsovia se ocupa en sus arts. 12 a 14 del derecho del expedidor y del consignatario de disponer de las mercancías durante el transporte, con particular referencia al derecho de entrega de las mercancías.

31. Convenio de Montreal

Este Convenio no modifica de modo significativo el régimen del Convenio de Varsovia. Cabe, no obstante, señalar como novedades la ficción jurídica de sancionar la práctica existente de que, al menos en Europa, una parte notable del 'transporte aéreo de mercancías' (conforme a lo estipulado por las partes en su acuerdo) se lleve a cabo de hecho por carretera. El art. 18.4 dispone que dicho transporte, efectuado sin el consentimiento del expedidor, se tendrá por efectuado dentro del período del tramo aéreo de la operación de transporte.

Además, el Convenio de Montreal se ocupa algo más en detalle de otros asuntos contractuales, ajenos al régimen de la responsabilidad, que no fueron abordados por el Convenio de Varsovia.

32. Reglas de La Haya-Visby

El alcance de este Convenio está limitado a los contratos de transporte por mar. Su régimen será, no obstante, únicamente aplicable si se emite un documento que sea

probatorio de dicho contrato. Este Convenio se ocupa de muy pocas cuestiones que no sean cuestiones que sean ajenas al régimen de la responsabilidad.

33. Reglas de Hamburgo

Este Convenio se aplica a los contratos de transporte marítimo. Si un contrato entraña un segmento marítimo y otros tramos de transporte por otros medios, el régimen del Convenio será únicamente aplicable al segmento marítimo de la operación de transporte.

Las Reglas de Hamburgo prestan algo más de atención, que las Reglas de La Haya-Visby, a las cuestiones ajenas al régimen de la responsabilidad.

Es digno de mención que las Reglas de Hamburgo enuncian, en su art. 25.5, una regla de conflictos de convenios, que dice:

> "Las disposiciones del presente Convenio no impedirán la aplicación por los Estados Contratantes de cualquier otro convenio internacional que esté vigente en la fecha del presente Convenio y que se aplique con carácter obligatorio a los contratos de transporte de mercancías ejecutados principalmente por un modo de transporte distinto del marítimo. Esta disposición se aplicará también a las revisiones o enmiendas ulteriores de ese convenio internacional."

Dicha disposición supone que en el supuesto de que un contrato, al que sea aplicable algún otro convenio de transporte, incluya un tramo marítimo, y dicho tramo marítimo no constituya el segmento principal de la operación de transporte, dicho otro convenio será también aplicable al tramo marítimo de la operación, en vez del régimen de las Reglas de Hamburgo.

34. CMR

Este convenio se declara expresamente aplicable a "todo contrato para el transporte de mercancías por carretera en vehículos ..., cuando el lugar en donde el transportista se haga cargo de las mercancías y el lugar designado para su entrega, conforme a lo estipulado en el contrato, estén situados en dos países distintos ...".

Si el vehículo destinado al transporte por carretera no utiliza para el transporte de las mercancías que lleve cargadas su infraestructura viaria normal, es decir una carretera, sino que va el mismo a bordo de un buque para atravesar algún trecho marítimo o a bordo de un tren para atravesar un túnel, el régimen del CMR seguirá siendo aplicable pese a que en dichos tramos se esté utilizando otro tipo de infraestructura. Ahora bien, el art. 2 enuncia una regla especial para el tramo en el que el vehículo de transporte por carretera esté utilizando alguna infraestructura que no le sea propia.

Al igual que las reglas de La Haya-Visby, el régimen del CMR no hace referencia alguna a los tramos de la operación de transporte que antecedan o sean subsiguientes al segmento de la operación que corresponda al vehículo por carretera. En su lugar, con referencia al art. 1.4 (que describe ciertas modalidades excluidas del transporte por carretera) el Protocolo de Firma del CMR dispone que "los abajo firmantes se comprometen a negociar convenios que sean aplicables a contratos de ... y de transporte combinado".

El CMR regula además ciertos aspectos contractuales ajenos al régimen de la responsabilidad por pérdidas o daños en las mercancías o por demora en su entrega.

35. COTIF-CIM 1980

Con arreglo al artículo 1.1 de este convenio las "Reglas Uniformes" (es decir el régimen del CIM) serán aplicables a toda operación de transporte de mercancías con arreglo a una carta de porte directo emitida para una ruta que atraviesa el territorio de dos o más Estados, en la que se utilicen únicamente líneas o servicios consignados en una lista CIM que obra en poder de la Organización Intergubernamental para el Transporte Internacional por Ferrocarril (OTIF). La existencia de una carta de porte, que lleve consignados toda suerte de pormenores del contrato, constituye un requisito para la aplicabilidad del régimen del CIM.

A raíz del artículo 2.2 del Convenio COTIF 1980, subyacente al nuevo régimen, el régimen del CIM "podrá ser igualmente aplicable al tráfico directo internacional que utilice además de los servicios ferroviarios otros servicios de transporte por tierra, por mar y por vías de navegación interior. Ello significa que los Estados parte en el Convenio COTIF 1980 podrán decidir que el régimen CIM sea aplicable a otras modalidades de transporte utilizadas con anterioridad o posterioridad al tramo ferroviario de la operación de transporte de las mercancías.

Debe decirse además, que parece desprenderse del art. 1.2 y del art. 48.1 del CIM que será incluso posible que las autoridades de un Estado parte en el CIM incluyan a líneas regulares de transporte marítimo en la anteriormente mencionada lista CIM. Con ello, les sería aplicable el régimen CIM aun cuando dichas líneas marítimas podrán acogerse a un régimen especial que incorpore las principales exoneraciones de las Reglas de La Haya-Visby. Algunas líneas marítimas se han acogido a esta posibilidad de ser incluidas en la lista CIM.

Cabe concluir que el régimen COTIF-CIM 1980 ha adoptado un enfoque estrictamente contractual que prevé además la posibilidad de que el régimen CIM sea aplicable no sólo al transporte ferroviario sino extendido a todo tramo complementario.

Más aún, el régimen COTIF-CIM 1980 se ocupa en numerosas disposiciones de asuntos ajenos a la responsabilidad del transportista por la pérdida o el daño ocasionado a las mercancías o por la demora en su entrega.

36. COTIF-CIM 1999

El régimen de este convenio presenta notables divergencias respecto de su convenio antecesor. Comienza por declararse también expresamente aplicable a los contratos de transporte internacional por ferrocarril, pero la carta de porte ha dejado de ser un requisito para que su régimen sea aplicable. Se mantiene el denominado sistema de la lista en donde ya no figuran las empresas ferroviarias sino únicamente las empresas de servicios de transporte marítimo o por vías de navegación interior internacionales que antecedan o sean subsiguientes al segmento ferroviario del transporte, y que pasarían a ser igualmente objeto del nuevo régimen del convenio. Respecto de los servicios marítimos, el nuevo régimen vuelve a permitir que se acojan a un régimen especial en lo relativo a sus exoneraciones de la responsabilidad del porteador, aun cuando se reduzca notablemente su número.

El nuevo régimen del convenio prevé, no obstante, su aplicación multimodal directa. El art. 1.2 dice: "Cuando la operación del transporte internacional estipulada en el marco de un solo contrato incluya tramos de transporte por carretera o por vías de navegación interiores en el territorio de algún Estado Miembro, de índole

complementaria respecto del transporte ferroviario transfronterizo, las presentes Reglas Uniformes serán aplicables".

Ello significa que el régimen COTIF-CIM 1990 sigue imperativamente el principio del "régimen ferroviario complementado o extendido", aun cuando únicamente a los tramos de transporte interno por carretera o por vías de navegación interior.

El régimen COTIF-CIM 1990 regula asimismo cuestiones contractuales que son ajenas al régimen de la responsabilidad del transportista por la pérdida o daño de las mercancías o la demora en su entrega.

37. Convenio de Budapest (CMNI)

El régimen de este convenio se aplica a los contratos de transporte internacional de mercancías por vías de navegación interior. Ninguna de sus disposiciones se ocupa del transporte efectuado por alguna otra modalidad de transporte.

Dicho transporte deberá ser efectuado, por razón de su índole, a bordo de una embarcación, pero el régimen del convenio será igualmente aplicable si dicha nave está destinada a la navegación por rutas marítimas o por rutas de navegación interior. La falta de toda distinción respecto a la índole de la embarcación empleada hace que sea necesaria alguna regla que permita resolver todo conflicto eventual sobre la aplicabilidad de su régimen frente al de algún otro convenio: el art. 2.2 dispone que, si una operación de transporte internacional de mercancías, sin trasbordo de las mercancías desde la embarcación destinada a la navegación interior a un buque marítimo (o viceversa), se efectúa tanto por una ruta de navegación interior como por una ruta a la que sea aplicable el derecho marítimo, el régimen del Convenio de Budapest será aplicable, salvo a) que se haya emitido un conocimiento de embarque marítimo de conformidad con el derecho marítimo aplicable, o b) que la distancia recorrida por aguas de jurisdicción marítima sea superior a la recorrida por aguas de navegación interior.

El régimen de este convenio se aplica también a ciertos aspectos del contrato de transporte que no guardan relación con el régimen de la responsabilidad del transportista o porteador por la pérdida o daño de las mercancías o por la demora en su entrega.

38. Convenio Multimodal de 1980

El régimen de este convenio se aplica a cierta categoría de contratos en los que el transporte ha de ser internacional y ha de efectuarse por dos modalidades, al menos, de transporte en el marco de un único contrato de transporte multimodal. En el art. 1.1 se excluye expresamente de la definición de transporte multimodal a los servicios de recogida y de entrega de las mercancías que se negocian en el marco de un contrato de transporte unimodal.

El art. 30.4 dispone además que no se considerará como transporte multimodal efectuado en el marco del Convenio Multimodal ninguna operación de transporte a la que sea aplicable el art. 2 del CMR (es decir, el transporte por vehículo de carretera embarcada a bordo de un buque o de un vagón de ferrocarril) o el art. 2 del Convenio de Berna de 17 de febrero de 1970 relativo al transporte ferroviario de mercancías (es decir, a uno de los servicios de transporte, por carretera o marítimo, que sea complementario del transporte ferroviario y que estén incluidos en la "lista").

El Convenio Multimodal se ocupa únicamente en escasa medida de otras cuestiones que no sean las relativas a la responsabilidad del transportista.

Anexo 2

Cabe sugerir la posibilidad de sustituir el texto del art. 1.1 y el art. 2 del CMR por los textos que pueden verse a continuación, a fin de ilustrar cómo podría funcionar un régimen unimodal 'complementado'. Convendría enmendar de igual modo todo otro convenio de transporte unimodal a fin de alinear, en todos estos convenios, la definición de su respectivo ámbito de aplicación y de enunciar en todos ellos una disposición idéntica para la solución de todo conflicto eventual entre dichos ámbitos de aplicación.

Definición sugerida

39 "Por contrato de transporte se entenderá todo contrato conforme al cual el porteador se comprometa, contra el pago de un porte o flete, a transportar mercancías por [carretera] [un vehículo de transporte por carretera] de un lugar situado en un Estado a un lugar situado en otro Estado, en cuya ejecución podrán intervenir otros [modos] [medios] de transporte para tramos que antecedan y/o sean subsiguientes al segmento por carretera de la operación. Si el vehículo que contiene las mercancías ha de ser transportado, durante algún tramo de la operación total, por mar, por ferrocarril, por vías de navegación interior o por aire, sin que las mercancías sean descargadas del vehículo, dicho tramo o tramos de la operación serán tenidos para los fines del presente Convenio como efectuados por [carretera] [vehículo de transporte por carretera]."

La esencia de esta disposición reside en que el segmento por carretera de la operación de transporte (que podrá incluir algún tramo en el que el vehículo de carretera sea, a su vez, transportado por algún otro medio de transporte) ha de ser internacional. Los tramos que antecedan o que sean subsiguientes a dicho segmento y que se efectúen por otros medios de transporte podrán ser de ámbito interno o internacional.

Disposición relativa al ámbito de aplicación

40. "El presente Convenio será aplicable a todo contrato de transporte a tenor del cual:

a) el lugar de recepción de las mercancías estipulado en el contrato de transporte esté situado en un Estado Contratante, o

b) [el lugar donde comience el segmento por carretera de la operación de transporte o donde dicho segmento termine esté situado en el territorio de un Estado Contratante, o]

c) el lugar de entrega de las mercancías estipulado en el contrato de transporte esté situado en un Estado Contratante, [con independencia de cuál sea el lugar de residencia de las partes en el contrato de transporte o su nacionalidad.]"

Se ha seguido en el texto de esta disposición el modelo habitual de las disposiciones relativas al ámbito de aplicación de los convenios de transporte.

Disposición relativa a todo conflicto entre convenios

41. "Si a tenor de lo anteriormente dispuesto y de lo dispuesto en las reglas correspondientes de algún otro convenio, por el que también se rija la operación negociada por las partes en un contrato de transporte, fuera aplicable a dicho contrato el régimen de más de un convenio, las partes podrán estipular en su contrato de transporte cuál de dichos regímenes será aplicable a su contrato. No se permitirá que las partes declaren total o parcialmente aplicable a su contrato el régimen de más de un convenio.

En todo supuesto en el que las partes hayan declarado en su contrato de transporte cuál será el convenio aplicable a su contrato, no será aplicable a dicho contrato de transporte el régimen de ningún otro convenio que, a tenor de su propio texto, pudiera haber sido aplicable.

En el supuesto de que las partes no estipulen en su contrato de transporte cuál ha de ser el convenio que le sea aplicable, será aplicable a dicho contrato el régimen del convenio que, con arreglo a sus propios términos, sea aplicable al segmento geográficamente más largo de la ruta seguida por las mercancías. Ahora bien, en dicho supuesto será nula o no aplicable toda disposición del convenio así designado por la que se limite la responsabilidad del transportista o porteador a cierta suma monetaria por kilogramo o bulto transportado."

Si el transporte que antecede o que sea subsiguiente al segmento considerado constituye, de por sí, una operación de transporte internacional, es posible que más de un convenio se declare aplicable al contrato . En dicho supuesto serán las partes las que habrán de elegir el régimen que será aplicable a su contrato. La sanción que puede suponer para un porteador o transportista la pérdida de su eventual derecho a limitar su propia responsabilidad debe bastar para alertarle de la necesidad de designar el régimen que más convenga a su contrato.

Resulta evidente que este sistema, de una cláusula contractual, por la que las partes se acogen a determinado convenio, sólo podrá funcionar si dicha disposición figura en cada uno de los convenios unimodales eventualmente aplicables al contrato o la operación de transporte.

E. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 12º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte de mercancías [por mar]: Propuesta de los Estados Unidos de América

(A/CN.9/WG.III/WP.34) [Original: inglés]

Como medida preparatoria del 12º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) durante el cual cabe esperar que el Grupo de Trabajo dará comienzo a su segunda lectura de un proyecto de instrumento sobre el transporte de mercancías [por mar] basado en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.32), el Gobierno de los Estados Unidos de América presentó, el 11 de julio de 2003, el texto de una propuesta relativa a diez aspectos del proyecto de instrumento que examinará el Grupo de Trabajo. El texto de dicha propuesta se reproduce en un anexo de la presente nota, en la forma en que fue presentado a la Secretaría.

Anexo

Propuesta de los Estados Unidos de América

Índice

		Párrafos
	Introducción	1-4
I.	Ámbito de aplicación y partes ejecutantes	5-9
II.	Límites de la responsabilidad de La Haya-Visby: procedimiento de enmienda	10-12
III.	Exenciones de la responsabilidad, falta eventual de navegación, y carga de la prueba	13-17
IV.	Acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea	18-29
	A. ¿En qué consiste un acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea?	19-22
	B. Régimen aplicable enmarcado en el capítulo 17, y no en el capítulo 3, del proyecto de Instrumento	23-28
	C. Recomendación	29
V.	Elección de foro	30-35
	A. Regla general	30-33
	B. Excepciones a toda regla general aplicable a los litigios suscitados por un acuerdo OLSA	34-35
VI.	Cláusulas condicionantes o restrictivas	36

VII. Desvío de ruta 37-38
VIII. Demora *39-40* 14
IX. Contratos mixtos y contratos de agencia o representación del cargador. *41* 14
X. Declaración errónea del cargador. *42-43* 15

Introducción

1. Los Estados Unidos se felicitan de esta nueva iniciativa de la CNUDMI por promover la causa de la armonización del derecho del transporte internacional. Deseamos expresar asimismo nuestra gratitud al Comité Marítimo Internacional (CMI) por su contribución al respecto.

2. Con ocasión de los períodos de sesiones noveno, décimo y 11º del Grupo de Trabajo III, los delegados y observadores examinaron por separado cada una de las disposiciones del proyecto de Instrumento[1]. Dicho proceso ha sido sumamente positivo, y los Estados Unidos agradecen los abundantes pareceres constructivos que se dieron a conocer a lo largo de esas deliberaciones en un esfuerzo por adelantar el proyecto. Estimamos, no obstante que el momento ha llegado de reconocer que no será posible resolver por separado cada uno de los puntos controvertidos. El éxito del actual proyecto dependerá de la inteligencia comercial con la que proceda cada uno de los diversos sectores industriales afectados, ya que todos ellos deberán renunciar a algo a fin de afianzar algunos de sus objetivos globales.

3. Por esta razón, hemos consultado con los representantes de los principales sectores industriales afectados, en los Estados Unidos, y dichos intereses comerciales han participado activamente en la negociación entablada para llegar a una transacción comercial que sea a grandes rasgos aceptable para todos ellos. La presente propuesta ha nacido de dicho proceso de negociación, por lo que trata de dar una solución global a las principales cuestiones que se suscitaron en el curso de la misma. Creemos que un convenio basado en la presente oferta de una solución global de dichas cuestiones redundará en provecho de la eficiencia y uniformidad que deben reinar en el comercio internacional.

4. El presente documento aborda, una por una, diez cuestiones clave que deberán ser resueltas en todo futuro convenio, pero la propuesta que en él se formula debe ser considerada como un todo integrado. Se han sopesado, a la luz de la equidad, los diversos intereses en juego a fin de lograr un equilibrio global comercialmente viable. Ello no significa que los Estados Unidos no estén dispuestos a examinar ciertos aspectos, en particular, de la presente propuesta. Significa únicamente que todo cambio en algún aspecto de la solución ofrecida pudiera obligar a replantear y revisar otros aspectos de la misma, a fin de preservar el equilibrio global logrado entre los diversos intereses en juego, por considerar que dicho equilibrio constituye

---

[1] Todas las referencias que se hacen en la presente propuesta al “Instrumento” están referidas al anteproyecto de instrumento sobre el transporte marítimo de mercancías que figura en un anexo del documento A/CN.9/WG.III/WP.21.

un elemento esencial para el éxito de una reforma que es sumamente necesaria. Cada uno de los principales intereses comerciales afectados ha tenido que hacer concesiones importantes para poder llegar a la solución global que se propone en el presente documento.

I. Ámbito de aplicación y partes ejecutantes

5. Como parte de esta oferta global, los Estados Unidos desean que se establezca un régimen de puerta a puerta regido por una norma de responsabilidad uniforme en lo concerniente a las partes contractuales, que admitiría una sola vía de excepción basada en un sistema de interconexión limitado. Esto significa que la responsabilidad del porteador contractual frente al propietario de la carga se regiría siempre por el propio régimen sustantivo de responsabilidad del Instrumento (así como por las disposiciones de exoneración o de limitación de dicha responsabilidad del propio Instrumento), salvo en la medida que otro régimen sea aplicable a algún tramo de la operación de transporte al amparo del mencionado principio de interconexión. A fin de obtener el máximo grado de uniformidad posible, desearíamos que la salvedad de interconexión fuera lo más limitada posible. La excepción limitada de interconexión, enunciada en el artículo 4.2.1 del anteproyecto de Instrumento, sería aceptable para los Estados Unidos.

6. Además de establecer el régimen de responsabilidad aplicable entre el porteador contractual y el propietario de la carga, el Instrumento debería enunciar el régimen sustantivo de la responsabilidad de toda "parte ejecutante marítima", es decir de la parte que efectivamente cumple o se compromete a cumplir las obligaciones del porteador contractual respecto del tramo de puerto a puerto de la operación de transporte. La noción de parte ejecutante marítima englobaría por ello al porteador marítimo, a todo porteador auxiliar o de enlace, a los estibadores portuarios, y a las empresas de terminal de transporte marítimo.

7. Respecto de toda parte ejecutante de un tramo no marítimo de la operación, el Instrumento no debe crear ningún nuevo fundamento o causa de acción o interferir con los existentes. Es decir, la responsabilidad de un transportista por tierra (por ejemplo, un transportista ferroviario o por carretera) deberá regirse por el régimen que le sea actualmente aplicable, es decir, en algunos países algún convenio unimodal de ámbito regional, como el CMR, mientras que en otros tal vez sea alguna norma, imperativa o no, del derecho interno aplicable al transporte por el interior del país, o su régimen interno general de la responsabilidad civil. En algunos países, el propietario de las mercancías tal vez no tenga una causa de acción frente a la parte ejecutante del tramo terrestre de la operación. Preservar el régimen que impere actualmente a este respecto en cualquier lugar significa que se preservaría, claro está, todo derecho que la parte ejecutante del tramo interno de la operación pueda tener con arreglo al derecho interno para invocar la denominada cláusula Himalaya (cláusula por la que se hace extensiva la determinados agentes y empleados del porteador, y a los contratistas independientes empleados por el porteador, toda exoneración, limitación, excepción o inmunidad de la que el porteador disfrute a tenor del conocimiento de embarque por él emitido) para gozar de todo derecho del que goce el porteador contractual a tenor del Instrumento. El régimen del Instrumento no debe ni ampliar ni suprimir ninguno de los derechos, por lo demás, existentes.

8. Para la puesta en práctica de la presente propuesta respecto de toda parte ejecutante, los Estados Unidos desearían que se adoptara una definición de parte ejecutante conforme a la sugerida en el párrafo 16 del comentario del anteproyecto de Instrumento. La definición dada en el artículo 1.17, por la que se exige la manipulación "física" o material de la carga es demasiado restrictiva. Sería preferible una definición formulada en términos algo más latos que se refiera a toda parte que "ejecute o se comprometa a ejecutar" el cometido del porteador contractual. La parte que se comprometa a ejecutar un tramo de la operación de transporte, pero que incumpla totalmente su cometido, no debe estar en mejor situación que la parte igualmente comprometida que intente cumplir de buena fe dicho cometido, pero que actúe con negligencia. Además, en la medida en que las razones para reducir el ámbito de la definición estén fundadas en el deseo de no imponer responsabilidad sobre toda parte ejecutante terrestre que no manipule de hecho las mercancías, esa inquietud ha sido atendida por nuestra propuesta, que excluye a toda parte ejecutante de un tramo terrestre de la operación de transporte del régimen de la responsabilidad previsto en el Instrumento.

9. *Recomendaciones*: Para dar curso a este aspecto de la propuesta, deberá enmendarse el texto del artículo 1.17 del proyecto de Instrumento para alinearlo con el nuevo texto sugerido en el párrafo 16 del comentario. Convendría insertar una definición adicional por la que se ponga en claro cuándo cabe decir que una parte ejecutante es parte ejecutante "marítima" de la operación. Deberá revisarse el texto de los artículos 6.3.1 y 6.3.2 b) del proyecto de Instrumento a fin de que el Instrumento se limite a crear una causa de acción directa que sea únicamente ejercitable frente a toda parte ejecutante marítima, y deberá reformularse el artículo 6.3.3 del proyecto de Instrumento a fin de que la denominada cláusula de amparo automática "Himalaya" se extienda únicamente a la parte ejecutante marítima de una operación, en la medida en que dicha parte se acoja al régimen de la responsabilidad enunciado en el Instrumento.

II. Límites de la responsabilidad de La Haya-Visby: procedimiento de enmienda

10. Un factor esencial en todo nuevo régimen de la responsabilidad respecto de la carga será el de los límites de esa responsabilidad. De momento, el texto del artículo 6.7.1 está incompleto, ya que no enuncia los límites aplicables, sino que deja un espacio en blanco, donde poder insertarlos más adelante. Como parte de su oferta global, los Estados Unidos desearían que se insertaran en el artículo 6.7.1 los límites indicados en las Reglas de La Haya-Visby (es decir de 666,67 DEG por bulto o 2 DEG por kilogramo). A nuestro entender, dichos límites satisfacen con la equidad deseable los intereses contrapuestos de las partes. El cargador obtiene una satisfacción razonable de las sumas reclamables en función de la carga, ya que la inmensa mayoría de las reclamaciones presentadas son atendibles en el marco de los límites de La Haya-Visby[2]. Los porteadores obtienen, por su parte, el grado de

[2] No sólo la inmensa mayoría de las reclamaciones presentadas caen dentro de los límites marcados por las Reglas de La Haya-Visby, sino que el promedio de las sumas reclamadas suele ser bastante inferior a esos límites. En 2001, (el año más reciente respecto del que se dispone de datos), el valor medio, de las remesas que entraron o salieron de los Estados Unidos fue de

predecibilidad razonable que requieren para calcular su riesgo y el seguro de cobertura de dicho riesgo.

11. Ahora bien, a fin de evitar que el nuevo Instrumento quede desfasado, los Estados Unidos sugieren que el Instrumento prevea un procedimiento que sirva para actualizar los límites de la responsabilidad. Como parte de su oferta global, los Estados Unidos respaldarían un procedimiento con los siguientes rasgos: i) los límites sólo se reajustarían cada siete años a partir de la entrada en vigor del Instrumento o de su último reajuste; ii) para que se proceda a un reajuste, una mayoría de las partes en el Instrumento habrán de presentar una propuesta que habrá de ser examinada por todas las partes; iii) todo nuevo ajuste de los límites estatuidos habrá de obtener el respaldo de una mayoría de dos tercios de las partes en el Instrumento; iv) el límite, que vaya a ajustarse, aplicable no podrá ser elevado o disminuido por más de un 21% de su nivel actual en cada operación de reajuste y el aumento acumulativo de los límites no podrá exceder del 100% de su nivel inicial; y v) todo ajuste de los límites surtirá efecto al transcurrir un año de la fecha en que sea aprobado.

12. El prever una vía de enmienda del nuevo Instrumento, conforme a lo anteriormente descrito permitirá que el Instrumento conserve su "validez práctica", además de soslayar la dificultad de que se haya de renegociar todo el tratado cada vez que se deseen actualizar los límites de la responsabilidad en el futuro. Pero la vía de enmienda propuesta no se presta a ningún ajuste automático de los límites sino que preservaría la predecibilidad comercial al mantener la validez de los nuevos límites así definidos durante un período de ocho años, por lo menos. Toda propuesta de actualización de los límites habría de estar respaldada por una mayoría de dos tercios para ser aprobada. Además, la vía prevista impone un límite a la elevación porcentual acumulativa de los límites. Opinamos que este procedimiento ofrece una solución equilibrada para resolver el problema del desfasamiento eventual de los límites de la responsabilidad del porteador en el futuro.

III. Exenciones de la responsabilidad, falta eventual de navegación, y carga de la prueba

13. Como parte de su oferta global, los Estados Unidos apoyarían la retención de la mayoría de las exenciones de que goza el porteador conforme al artículo 4 2) actual de las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby, lo que se haría enunciándolas en términos básicamente idénticos a los de dichas Reglas. La única exención que debería suprimirse es la actual exención del artículo 4 2) a) de Las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby (actualmente reproducida en el artículo 6.1.2 a) del proyecto de Instrumento), relativa a la falta de navegación de un empleado o agente. Nos gustaría asimismo que se reformulara la exención por incendio actualmente enunciada en el artículo 4 2) b) de las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby a fin de evitar que al extenderse el ámbito de aplicación del nuevo régimen desde la operación de "punto de amarre a punto de amarre" (con arreglo a las Reglas de La

unos 0,44 DEG por kilogramo. Además, la denominada "cláusula del contenedor" (que figura en el artículo 6.7.2 del proyecto de Instrumento) tiene por resultado que, salvo en supuestos excepcionales, todo envío por contenedor es de valor inferior al límite de los 666,67 DEG.

Haya y de La Haya-Visby) a la operación de "puerta a puerta" (conforme al nuevo Instrumento) no se extienda también el alcance de la exención por incendio.

14. Las excepciones otorgadas por el Instrumento deberían exonerar al porteador de su responsabilidad, en vez de constituir únicamente una presunción de ausencia de culpa por parte del porteador. En la práctica uno y otro enfoque dan el mismo resultado, ya que toda excepción prevista en las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby deja de surtir efecto si el propietario de la carga consigue probar que hubo culpa por parte del porteador. Por ello, la exoneración sugerida funciona en la práctica como una presunción. Preferiríamos, no obstante, que las excepciones invocables por el porteador sean retenidas como una lista de exenciones de su responsabilidad, a fin de preservar el grado de predecibilidad y uniformidad inherente al mecanismo de las excepciones, consagrado por una abundante jurisprudencia relativa a la responsabilidad por la carga en el marco de los convenios aplicables al transporte internacional, jurisprudencia que está basada en el funcionamiento de las excepciones por las que se exonera al porteador de su responsabilidad.

15. Aunque los Estados Unidos son favorables a la eliminación de la excepción por negligencia o faltas de navegación, opinamos que esa eliminación podría perturbar el marco actual de la distribución de la carga de la prueba. Conforme a la distribución prevista en la primera variante del artículo 6.1.4 del proyecto de Instrumento, que corresponde a la práctica jurídica actual de muchos países (como puede verse en el párrafo 89 del comentario), la eliminación de la excepción por falta de navegación de un empleado podría tener un efecto no buscado, al privar al porteador de toda excepción legal en cualquier supuesto en el que quepa razonablemente aducir una falta de navegación. La segunda variante del artículo 6.1.4, que se expone más en detalle en los párrafos 90 y 91 del comentario, rectifica este problema. Además, la segunda variante ofrece un criterio más viable y equilibrado para resolver ciertos supuestos de falta de un porteador de alguna parte de la operación y otros supuestos en los que sea incierto si existe culpa por parte del porteador y si existe alguna excepción aplicable.

16. *Recomendación*: A fin de dar curso a este aspecto de la propuesta deberían sustituirse los artículos 6.1.2 y 6.1.3 del proyecto de Instrumento por un texto sustancialmente idéntico al enunciado en el artículo 4 2) c) a q) de las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby. Se habrá, además, de reformular el artículo 6.1.4 en términos que correspondan a los de la segunda variante. Por último, la excepción por incendio deberá formularse en términos como los siguientes:

> Ni el porteador marítimo ni el buque serán responsables de la pérdida o del daño ocasionado por un incendio que se haya declarado en el buque, salvo que dicho incendio sea imputable a alguna culpa o connivencia del porteador marítimo, respecto de un incendio en un buque armado por el propio porteador. El porteador no será responsable de la pérdida o daño imputable a un incendio declarado en un buque, salvo que dicho incendio sea imputable a alguna culpa o connivencia efectiva del porteador.

17. La presente disposición introduce el término "porteador marítimo", que cabría definir como "toda parte ejecutante que sea propietaria de un buque utilizado para el transporte de mercancías por mar o que sea el fletador o explotador comercial de dicho buque".

IV. Acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea

18. Una cuestión de particular importancia para los Estados Unidos (y opinamos que en otros lugares del mundo también) es el trato que debe darse en el Instrumento a ciertos acuerdos especializados, expresamente o adaptados a las necesidades del cliente, que se negocian entre el cargador y el porteador para el transporte marítimo por servicios de línea. Como parte de nuestra oferta global, los Estados Unidos opinan que este tipo de acuerdo, que denominamos acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea (*Ocean Liner Service Agreement "OLSA"*), debe regirse por el Instrumento, salvo que las partes en uno de estos acuerdos OLSA lo haya expresamente excluido de la totalidad o de una parte del régimen del Instrumento. Toda estipulación por la que las partes excluyan dicho acuerdo del régimen del instrumento será, no obstante, únicamente vinculante para las partes en el acuerdo así excluido. Existen diversos pareceres, en los Estados Unidos y en otros lugares, sobre si procede o no dar la posibilidad a las partes de excluir, por vía contractual, los límites de la responsabilidad enunciados en el Instrumento. No obstante, los Estados Unidos opinan que las partes en un acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA) deben estar facultados para excluir dicho acuerdo del ámbito de aplicación de toda regla que no estimen oportuna del régimen del Instrumento.

A. ¿En qué consiste un acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea?

19. El denominado acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea (acuerdo OLSA) se ha difundido en muchos ramos del comercio internacional desde que los Estados Unidos decidieron reformar su reglamento del comercio marítimo por líneas regulares en 1984 y 1998 para permitir la negociación competitiva de contratos de servicios de transporte por líneas marítimas regulares. A resultas de ello, una parte importante de la carga transportada por líneas marítimas regulares, a través de muchas de las rutas comerciales internacionales, se rige actualmente por uno de estos acuerdos.

20. Los acuerdos OLSA se utilizan únicamente para el transporte marítimo por servicio de línea o por líneas regulares. No se utilizan, en cambio, para el transporte a título particular ni para el transporte comercial a granel o a "neogranel", en petroleros o en buques cisterna, ni para otros servicios de transporte de carga no enmarcados en líneas regulares. Dichos acuerdos se han de distinguir por tanto del fletamento de buques o del fletamento de volumen o de espacio (mencionados en el capítulo 3 del Instrumento), que se utilicen para el transporte por medios o servicios que no sean de línea.

21. El término "servicio de línea" es bien conocido en todos los sectores del comercio. Una operación por servicio de línea es una operación utilizada para el transporte de carga general, por una ruta comercial establecida, a bordo de buques que navegan con regularidad entre puertos de escala programada. A diferencia de los acuerdos de transporte particulares, un buque de línea navega conforme a un calendario previamente anunciado con escalas regulares en determinados puertos,

haya o no de transportar carga desde o hasta dichos puertos de escala. Lo propio de estos servicios de línea es que están anunciados y son ofrecidos a todo cliente que disponga de carga para transportar en uno de los buques del servicio de línea ofrecido por el porteador.

22. Para ser tenido por un acuerdo OLSA a efectos del Instrumento, un contrato deberá reunir las siguientes características: 1) deberá consignarse por escrito (o por un medio electrónico equivalente), en un documento o sustento electrónico equivalente que no constituya un conocimiento de embarque o un título de transporte emitido en el momento en que el porteador o la parte ejecutante reciba las mercancías; 2) deberá utilizarse para los fines del comercio marítimo por servicio de línea; 3) deberá suponer algún servicio no requerido, por lo demás, de los porteadores con arreglo al Instrumento (es decir, que sea distinto de la obligación de todo porteador de recibir, cargar, estibar, transportar y entregar la carga debidamente); 4) en dicho contrato el cargador se comprometerá a entregar cierto volumen de carga para su transporte en una serie de expediciones (es decir, el contrato versará sobre más de un envío); y 5) en dicho contrato el cargador y el porteador negociarán la tasa o tarifa abonable en función del volumen de carga transportado y de los servicios que hayan de prestarse.

B. Régimen aplicable enmarcado en el capítulo 17, y no en el capítulo 3, del proyecto de Instrumento

23. Los Estados Unidos opinan que, por regla general, todos los envíos efectuados en el marco de un acuerdo OLSA deberán regirse por el Instrumento, salvo en la medida en que las partes expresamente excluyan, por vía contractual, la totalidad o una parte de su régimen. Ello significa que la mayor parte del tráfico efectuado en el marco de un acuerdo OLSA se regirá por el Instrumento, salvo que las partes hayan estipulado expresamente otra cosa. Toda estipulación en un acuerdo OLSA por la que las partes lo excluyan del régimen del Instrumento será únicamente vinculante para las partes en dicho acuerdo. Por ello, cuando se emitan conocimientos de embarque u otros títulos de transporte para los fines de un envío efectuado en el marco de un acuerdo OLSA, toda parte en dicho conocimiento de embarque o título de transporte, o todo tenedor del mismo, que no sea también parte en el acuerdo OLSA no estaría vinculado por nada de lo estipulado en el acuerdo OLSA respecto de alguna eventual exclusión del régimen del Instrumento.

24. Permitir que las partes negocien ciertas prestaciones o servicios especializados favorece la eficiencia comercial y ha permitido introducir servicios mejor adaptados a las necesidades del comercio internacional. Una experiencia práctica de casi 20 años demuestra que ni el porteador ni el cargador forman parte de un sector comercial que carezca de capacidad negociadora respecto de las cláusulas básicas del contrato de transporte. Lo cierto es que las partes en acuerdos OLSA suelen concertar dichos contratos con la finalidad de obtener servicios de transporte adaptados a las necesidades comerciales del cliente y al interés comercial de una y otra parte en el contrato.

25. Si el capítulo 3 se ocupa de los acuerdos OLSA, pero los excluye del régimen del Instrumento, en virtud del artículo 3.3.1, se estaría excluyendo de su ámbito de aplicación a miles de cargadores en servicios marítimos regulares, junto con un

volumen de carga muy considerable, salvo que las partes en dichos acuerdos remitan expresamente al Instrumento, haciendo así uso de su autonomía contractual. Los Estados Unidos son firmemente contrarios a que se adopte dicho enfoque. Opinamos que el régimen del Instrumento debe constituir la norma automáticamente aplicable al acuerdo de transporte de puerta a puerta entre un cargador y un porteador para todo envío concertado en el marco de un acuerdo OLSA. Ahora bien, para todo supuesto en el que las necesidades del comercio lo requieran, las partes comerciales deben gozar de autonomía para poder estructurar su acuerdo de transporte conforme lo estimen conveniente, pudiendo por ello excluir, por vía contractual la aplicación del Instrumento.

26. Se ha expresado inquietud de que esta autonomía coloque al pequeño cargador en situación desventajosa. En la práctica las cosas no han sucedido así, sino que el pequeño cargador ha demostrado su capacidad para negociar en términos ventajosos la tarifa y otras condiciones contractuales de los servicios prestados por líneas regulares. Más aún, si un cargador se siente insatisfecho del resultado de su negociación de los términos de un acuerdo OLSA, no hay nada que le obligue a cerrar el trato y podrá enviar su carga a la tarifa oficial de la naviera que explote dicha línea comercial o, si lo prefiere, recurrir a los servicios de otro porteador. La disponibilidad de una tarifa comercial y de condiciones generales de transporte, y la disponibilidad de servicios competitivos, suele ser uno de los rasgos que distingue al transporte por líneas regulares de otras formas de transporte marítimo.

27. A diferencia de los tratados relativos al transporte de pasajeros y sus equipajes, en los que los porteadores han de negociar directamente con clientes catalogables como consumidores, cabe señalar que el régimen del Instrumento será aplicable casi exclusivamente a tratos negociados entre empresas comerciales familiarizadas con los pormenores de las operaciones comerciales internacionales. Los compradores y los vendedores de mercancías han de tener ciertos conocimientos comerciales básicos para poder negociar pedidos o ventas comerciales, así como para organizar la logística de sus operaciones, transferencias de titularidad, prácticas de envasado, pagos de aduana, las garantías reales o contractuales que sean del caso, sus cartas de crédito y demás documentación financiera, y su cobertura de seguros. Dichas partes suelen ser igualmente capaces de negociar condiciones de responsabilidad especiales como parte de un acuerdo de servicios de transporte particularizados, si así lo desean.

28. Por último, por razón de una cuestión suscitada por el derecho interno de los Estados Unidos, que impide a todo porteador sin buque propio concertar acuerdos OLSA con sus clientes, deseamos ocuparnos de algunas inquietudes suscitadas por estos intereses comerciales a fin de evitar toda situación indebidamente desventajosa para este tipo de porteadores. Concretamente, sería aceptable una disposición por la que se prohibiera a los porteadores marítimos de concertar acuerdos OLSA con porteadores sin buque propio en los que se establezca algún límite de responsabilidad inferior a los límites impuestos por el régimen del Instrumento.

C. Recomendación

29. Para dar curso a este aspecto de la propuesta, el artículo 17 deberá ser enmendado, a fin de reconocer a las partes en un acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea la autonomía contractual para negociar condiciones distintas de las previstas en el régimen de la responsabilidad del Instrumento, conforme se explicó anteriormente. El término "acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea" debería definirse, además, en el Instrumento como sigue:

a) Por "acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea" se entenderá un contrato consignado por escrito (o por medios electrónicos), que no sea un conocimiento de embarque u otro título de transporte emitido por el porteador o la parte ejecutante al recibir las mercancías, concertado por uno o más cargadores con uno o más porteadores y en virtud del cual el porteador o porteadores se comprometen a prestar algún servicio particular en el marco del transporte por mar (con la posibilidad de tramos terrestres y de algún otro servicio conexo) de un volumen mínimo de carga expedida en una serie de remesas, a bordo de buques de una línea regular, y que el cargador o cargadores remunerarán con arreglo a una tasa negociada en función del envío de un volumen mínimo de carga.

b) Para los fines del párrafo a), se entenderá por "algún servicio particular" todo servicio prometido u obligación asumida por el porteador que no sea imperativamente exigida de un porteador con arreglo al régimen del instrumento.

c) Para los fines del párrafo a), se entenderá por "servicio de línea" un servicio anunciado para el transporte marítimo remunerado de carga general, a bordo de buques que navegan con regularidad, por una ruta establecida, sirviendo a puertos de destino o de escala previamente indicados.

d) No se entenderá por acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea la práctica de fletar buques de línea o espacio o volumen en el interior de un buque de línea.

V. Elección de foro

A. Regla general

30. En el marco de su oferta global, los Estados Unidos opinan que el régimen del Instrumento debe limitar la noción de foro seleccionable para resolver, por vía arbitral o judicial, todo eventual litigio entre las partes, a cierto número de foros razonables. A título de regla general, sería aceptable una solución conforme a la adoptada en las Reglas de Hamburgo, con dos rectificaciones necesarias. En primer lugar las Reglas de Hamburgo facultan al "demandante" para seleccionar el foro, abriendo así la posibilidad de que un porteador (demandado potencial en una reclamación por daños ocasionados a la carga) presente una demanda para ser declarado exento de toda responsabilidad, adelantándose así a la elección de foro que hubiera efectuado la parte lesionada, de haber actuado como demandante en su calidad de propietario de la carga dañada. El Instrumento debe aclarar que el demandante, o titular de la queja, será la persona facultada para seleccionar el foro.

En segundo lugar, convendría enumerar como foros eventualmente razonables los siguientes:

i) el lugar de recepción inicial de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante de manos del cargador o expedidor, o el puerto donde las mercancías sean inicialmente cargadas a bordo de un buque marítimo;

ii) el lugar de entrega de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.1.3 ó 4.1.4, o el puerto de descarga definitiva de las mercancías transportadas en un buque marítimo;

iii) el establecimiento principal o el lugar de residencia habitual del demandado; o

iv) el lugar indicado en el contrato de transporte o en todo otro acuerdo pertinente como foro competente para entender de las reclamaciones referentes a la carga.

31. Dicha lista de foros eventuales posee dos rasgos claramente distintivos respecto de la enunciada en las Reglas de Hamburgo. Por una parte, incluye los lugares de recepción y de entrega de las mercancías además de los puertos de carga y descarga. Con ello el Instrumento se limitaría a reconocer la posibilidad de que su régimen sea aplicable al transporte de puerta a puerta (en lugar de únicamente al transporte de puerto a puerto, conforme a las Reglas de Hamburgo). Por otra, se omite, en cambio, el lugar de concertación del acuerdo. En la era de la contratación electrónica, el lugar de contratación suele ser difícil de determinar, y suele ser de escasa importancia para la operación negociada aun cuando sea posible ubicarlo. Además, cabría manipular fácilmente esa ubicación, caso de que hubiera algún interés en hacerlo.

32. Cabe determinar de diversos modos el "lugar" que reúna las condiciones de foro competente para entender de toda demanda presentada por razón de la carga. La fórmula adoptada por las Reglas de Hamburgo (buscar el foro que goce de competencia jurisdiccional sobre el lugar geográfico indicado) resultaría aceptable. Dicha solución deja, claro está, amplio margen para que la ley de dicho foro sea la que determine el procedimiento judicial aplicable.

33. La aplicabilidad del Instrumento al transporte de puerta a puerta y la importancia otorgada en su régimen a la parte ejecutante, respecto de cada tramo de la operación, deben ser asimismo examinados a la hora de formular la disposición relativa a la selección del foro. A nuestro parecer, la lista de foros aceptables debe ser únicamente aplicable a las acciones entabladas entre el porteador y el propietario de la carga. Esa lista pudiera no ser adecuada a las acciones entabladas frente a una parte ejecutante. En la medida en que el propietario de la carga disponga de una acción, con arreglo al Instrumento, frente a una parte ejecutante, debe permitirse que dicho propietario presente su demanda ante cualquier foro que goce de jurisdicción sobre el demandado.

B. Excepciones a toda regla general aplicable a los litigios suscitados por un acuerdo OLSA

34. Aun cuando sería aceptable, como regla general, un enfoque básicamente idéntico al adoptado en las Reglas de Hamburgo, deben preverse dos excepciones para todo supuesto en el que el marco contractual sea un acuerdo OLSA (véase la anterior sección IV del documento). En primer lugar, las partes en un acuerdo OLSA deben estar facultadas, (por las razones anteriormente expuestas) para estipular por escrito que su acuerdo quedará excluido de la totalidad o de una parte del régimen del Instrumento, así como de la disposición relativa a la selección del foro. De este modo, las partes en un acuerdo OLSA estarán facultadas para estipular que toda controversia eventual entre ellas sea resuelta ante determinado foro (aun cuando este acuerdo no sea vinculante frente a terceros). Esa elección del foro primaría sobre toda otra opción ofrecida por el Instrumento. Dicha autonomía contractual sería particularmente importante en supuestos en los que las partes sean conscientes de que no se ha de negociar ningún título de transporte con terceros (por ejemplo, en un envío de una empresa a una sucursal exterior, o en un envío en el que la contraparte contractual del porteador sea el consignatario).

35. En segundo lugar, en aquellos casos en los que las partes en un acuerdo OLSA seleccionen un foro para entender de todo litigio relativo a la carga, opinamos que el Instrumento debería prever la extensión, en determinados supuestos, del foro seleccionado a todo tercero subsiguiente (por ejemplo, al consignatario o al tenedor subsiguiente del conocimiento de embarque), quedando así vinculados por dicha elección tanto el porteador como dicho tercero subsiguiente respecto de toda acción que se entable entre ellos. (Dicho tercero no estaría vinculado por el foro así designado en el supuesto de que entablara una acción frente a una parte ejecutante.) Sugerimos, en particular, que se permita dicha extensión siempre que se den las condiciones siguientes:

i) cuando las partes en un acuerdo OLSA estipulen expresamente en su acuerdo que el foro seleccionado sea vinculante para toda parte subsiguiente;

ii) se haya dado aviso por escrito o por algún medio electrónico, a la parte subsiguiente, del lugar donde se haya de presentar la acción (por ejemplo, consignando dicho aviso en el conocimiento de embarque o en algún otro documento);

iii) Las partes en el acuerdo OLSA hayan seleccionado uno de los siguientes lugares:

a) el lugar donde el porteador o alguna parte ejecutante hayan recibido inicialmente las mercancías de manos del expedidor, o el puerto donde las mercancías hayan sido inicialmente cargadas a bordo de un buque marítimo, o

b) el lugar donde las mercancías hayan de ser entregadas por el porteador o por alguna parte ejecutante con arreglo al artículo 4.1.3 ó 4.1.4, o el puerto de descarga definitiva de las mercancías a partir de un buque marítimo, o

c) el establecimiento principal o el lugar de residencia habitual del demandado, respecto de una o más remesas que naveguen en el marco del acuerdo OLSA considerado; y

iv) el lugar seleccionado en el acuerdo OLSA deberá estar ubicado en un país que haya ratificado el Instrumento.

VI. Cláusulas condicionantes o restrictivas

36. Los Estados Unidos son en general favorables a la distribución de riesgos enunciada por el artículo 8.3 del proyecto de Instrumento, pero estiman que en determinados supuestos el régimen del Instrumento aplicable a la carga en contenedores impone una carga de la prueba excesiva sobre todo demandante eventual por daños en la carga. Por las razones explicadas en los párrafos 151 y 152 del comentario, en tales casos el demandante por daños en la carga esperaría legítimamente obtener una mayor protección de la carga transportada en contenedor que la que otorga actualmente el régimen del Instrumento. Para resolver estas cuestiones con mayor equidad y buen sentido cabría razonablemente esperar que lo dispuesto en el Instrumento respecto de la descripción de la carga, facilitada por el cargador sea enmendado en el sentido propuesto en los párrafos 153 y 154 del comentario.

VII. Desvío de ruta

37. Para la mayor parte de los países, el régimen general aplicable al supuesto de un desvío de ruta no ocasiona ningún grave problema. No obstante, ese régimen sigue suscitando problemas en los Estados Unidos (y quizá en algunos otros países del *common law*). Pese a que nuestro país es favorable al tratamiento dado al desvío de ruta en el régimen del Instrumento, opinamos que debería reformularse el texto para que dispusiera claramente que el porteador podrá ser tenido por responsable de todo desvío "no justificable" de ruta noción que deberá ser entendida en función únicamente de la ruta que sea usual asignar a todo buque marítimo (explotado por el porteador o por una parte ejecutante). Por ello mismo, el texto debería enunciar más claramente que, en el supuesto de un desvío "no justificable", el porteador únicamente perdería el amparo de los límites de su responsabilidad en los términos de lo previsto al respecto en el artículo 6.8.

38. *Recomendación*: Para dar curso a dicho aspecto de la presente propuesta, debería reformularse el artículo 6.5 del proyecto de Instrumento en términos como los siguientes:

a) El porteador no será responsable de la pérdida, del daño, o de la demora en la entrega que sea imputable a un desvío de ruta, efectuado en la mar, para salvar alguna vida o ciertos bienes o por cualquier otro motivo que sea razonable.

b) En la medida en que un desvío de ruta constituya un incumplimiento de alguna obligación del porteador con arreglo a alguna norma jurídica reconocida por el derecho interno o por el presente Instrumento, esa norma será aplicable únicamente cuando el desvío efectuado no sea razonable respecto de la ruta asignada a un buque marítimo.

c) En la medida en que un desvío de ruta constituya un incumplimiento de alguna obligación del porteador, ese incumplimiento surtirá únicamente efecto

en el marco de lo estatuido al respecto en el presente Instrumento. En particular, ese desvío no privará al porteador de ninguno de sus derechos a tenor del presente Instrumento, salvo en la medida de lo dispuesto a dicho respecto en el artículo 6.8.

VIII. Demora

39. Los Estados Unidos son favorables al tratamiento que se da en el proyecto de Instrumento a la demora conforme al enunciado de su artículo 6.4.1, pero sin el texto que actualmente figura entre corchetes. Al estimar que la eventual demora en la entrega constituye un asunto comercial que debe ser negociado entre las partes, estimamos asimismo que –salvo acuerdo expreso en contrario entre las partes– toda indemnización por demora debe limitarse a las sumas abonables por pérdida de las mercancías o por daño material ocasionado en las mismas, sin salirse de los límites generales de la responsabilidad enunciados en el artículo 6.7 del proyecto de Instrumento. En otras palabras, toda indemnización por concepto de daño emergente sólo sería permisible si ha sido expresamente estipulada por las partes. Para reflejar la presente postura sería preciso suprimir el texto entre corchetes del artículo 6.8 referido a la demora en la entrega.

40. *Recomendación*: Para dar curso al presente aspecto de la propuesta, deberá suprimirse el texto entre corchetes del artículo 6.4.1 y el texto entre corchetes del artículo 6.8 referido a la demora en la entrega. Deberá asimismo reformularse el texto 6.4.2 en términos como los siguientes:

> Si la demora en la entrega ocasiona alguna pérdida no imputable a la pérdida de las mercancías transportadas o a algún daño material que les sea ocasionado, el porteador será responsable de dichas pérdidas únicamente si dicho porteador ha convenido expresamente en asumir responsabilidad por las pérdidas imputables a la demora en la entrega.

IX. Contratos mixtos y contratos de agencia o representación del cargador

41. Los Estados Unidos son en general favorables al régimen aplicable a los contratos mixtos y a los acuerdos de agencia o representación del cargador conforme al artículo 4.3 del proyecto de Instrumento, pero estimamos que son necesarias ciertas enmiendas o aclaraciones. En primer lugar, estimamos que cuando el porteador esté actuando no en su calidad de “porteador” sino en calidad de agente o representante del cargador o del consignatario, la regla del artículo 4.3.2 debería ser únicamente aplicable a título de regla de derecho supletorio. Estimamos asimismo que las partes deben gozar de autonomía para estipular expresamente los deberes del porteador, por lo que debería insertarse al comienzo del artículo 4.3.2, la expresión “salvo acuerdo expreso en contrario”.

X. Declaración errónea del cargador

42. El obtener una descripción exacta de la mercancía transportada puede ser un factor sumamente importante para el éxito y la seguridad de su transporte. La índole y el valor de la mercancía transportada influirá sobre el flete cobrado por el porteador, así como sobre su gestión de riesgos, precauciones de seguridad y toda otra medida que pueda ser necesaria para el transporte con éxito de la mercancía. Por dicho motivo, opinamos que, sin restringir en nada lo ya dispuesto en el Instrumento respecto de la insuficiencia o inexactitud de los datos facilitados, debe insertarse en el Instrumento una disposición que expresamente regule esta cuestión (como puede verse en el tercer párrafo del artículo 4.5) de las Reglas de La Haya (artículo 4.5) h) de las Reglas de La Haya-Visby)). Dicha disposición debe disponer que el porteador no será responsable por ninguna pérdida o daño ocasionado a las mercancías, si el valor o la índole de las mercancías ha sido erróneamente descrito, a sabiendas, por el cargador, en algún aspecto importante.

43. *Recomendación*: Para dar curso a este aspecto de la propuesta, sugerimos que se inserte una nueva disposición al final del artículo 6.1 que diga:

El porteador no será responsable de la demora en la entrega de las mercancías o de su pérdida, ni del daño que les sea ocasionado, o que resulte de dichas mercancías, si la índole o el valor de las mercancías fueron erróneamente descritas, a sabiendas y en algún aspecto importante, en el contrato de transporte o en algún otro título de transporte, por el cargador de las mismas.

F. Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 13º período de sesiones (Nueva York, 3 a 14 de mayo de 2004)

(A/CN.9/552) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
	Introducción	1-7
I.	Deliberaciones y decisiones	8-9
II.	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	10-164
	Capítulo 5. Responsabilidad del porteador (continuación)	10-91
	Proyecto de artículo 15. Responsabilidad de las partes ejecutantes	10-17
	Párrafo 6	11-17
	Proyecto de artículo 16. Retraso	18-31
	Párrafo 1	20-24
	Párrafo 2	25-31
	Proyecto de artículo 17. Cálculo de la indemnización	32-37
	Párrafo 1	33-34
	Párrafo 2	35
	Párrafo 3	36-37
	Proyecto de artículo 18. Límites de la responsabilidad	38-51
	Párrafo 1	39-44
	Párrafo 2	45-47
	Párrafo 3	48-49
	Párrafo 4	50-51
	Proyecto de artículo 19. Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad	52-62
	Proyecto de artículo 20. Notificación en caso de pérdida, daño o retraso	63-87
	Párrafo 1	64-75
	Párrafo 2	76-81
	Párrafo 3	82-84
	Párrafo 4	85-87
	Proyecto de artículo 21. Reclamaciones extracontractuales	88-91
	Capítulo 6. Disposiciones suplementarias relativas al transporte por mar	92-117
	Proyecto de artículo 22. Responsabilidad del porteador	92-99
	Proyecto de artículo 23. Desviación	100-102

Proyecto de artículo 24. Carga en cubierta 103-117
Párrafo 1 104-106
Párrafo 2 107-109
Párrafo 3 110-111
Párrafo 4 112-117

Capítulo 7. Obligaciones del cargador 118-161
Proyecto de artículo 25 118-123
Proyecto de artículo 26 124-129
Proyecto de artículo 27 130-133
Proyecto de artículo 28 134-137
Proyectos de artículo 29 y 30 138-148
Proyecto de artículo 29 bis 149-153
Proyecto de artículo 31 154-158
Proyecto de artículo 32 159-161

Capítulo 9. Flete 162-164

III. Otros asuntos 165-168

Introducción

1. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión estableció el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) y le encomendó la labor de preparar, en estrecha colaboración con las organizaciones internacionales interesadas, un instrumento de rango legislativo sobre cuestiones relativas al transporte internacional de mercancías, tales como el ámbito de aplicación del futuro instrumento, el período de responsabilidad del porteador, las obligaciones de éste y su régimen de responsabilidad, las obligaciones del cargador y los documentos de transporte[1]. El Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones sobre la preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías en su noveno período de sesiones, celebrado en 2002. La última recopilación de referencias históricas sobre los antecedentes legislativos del proyecto de instrumento figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.35.

2. El Grupo de Trabajo III sobre el Derecho del Transporte, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 13º período de sesiones en Nueva York del 3 al 14 de mayo de 2004. Asistieron al período de sesiones los representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Benin, Brasil, Burkina Faso, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, India, Irán

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

(República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Lituania, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Singapur, Sudán, Suecia y Tailandia.

3. Asistieron también al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argentina, Australia, Belarús, Brunei Darussalam, Chile, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Filipinas, Finlandia, Grecia, Kuwait, Mongolia, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Perú, República Checa, República de Corea, Qatar, Senegal, Suiza, Turquía y Venezuela.

4. Asistieron además al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

(a) **Organizaciones intergubernamentales invitadas por la Comisión**: Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano y Organización Intergubernamental para el Transporte Internacional por Ferrocarril (OTIF);

(b) **Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión**: Asociación de Transporte Multimodal Internacional (IMMTA), *Association of American Railroads* (AAR), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Cámara Naviera Internacional, Comité Marítimo Internacional (CMI), Consejo Marítimo Internacional del Báltico (BIMCO), Federación Internacional de Asociaciones de Expedidores de Carga, Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización, Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, *Transportation Intermediaries Association,* y Unión Internacional de Seguros de Transportes.

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

Presidente: Sr. Rafael Illescas (España)

Relator: Sr. Walter De Sá Leitão (Brasil)

6. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional (A/CN.9/WG.III/WP.35);

b) Revisión provisional de los artículos del proyecto de instrumento que el Grupo de Trabajo examinó en su 12º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.36);

c) Propuesta de China relativa al capítulo 19 del proyecto de instrumento y a la cuestión de la autonomía contractual de las partes (A/CN.9/WG.III/WP.37).

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa;
2. Aprobación del programa;
3. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías;
4. Otros asuntos;
5. Aprobación del informe.

I. Deliberaciones y decisiones

8. El Grupo de Trabajo prosiguió su examen del proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías] teniendo en cuenta:

- el texto que figura en el anexo de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.32);
- una revisión provisional de los artículos del proyecto de instrumento que el Grupo de Trabajo examinó en su 12º período de sesiones y que se recoge en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.36);
- una propuesta de los Estados Unidos de América relativa a diez aspectos del proyecto de instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.34).

9. Se pidió a la Secretaría que, teniendo en cuenta las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, preparara un proyecto revisado de varias disposiciones. Esas deliberaciones y conclusiones se recogen en la sección II *infra*.

II. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente][marítimo] de mercancías

Capítulo 5. Responsabilidad del porteador (continuación)

Proyecto de artículo 15. Responsabilidad de las partes ejecutantes

10. Se recordó al Grupo de Trabajo que, durante su 12º período de sesiones, no había dispuesto de tiempo suficiente para examinar el último párrafo del proyecto de artículo 15 del proyecto de instrumento (véase A/CN.9/544, párr. 181).

Párrafo 6

11. El Grupo de Trabajo examinó el texto del párrafo 6 del proyecto de artículo 15, enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36 (que, en el anterior documento A/CN.9/WG.III/WP.32, figuraba como párrafo 7 del proyecto de artículo 15).

Responsabilidad mancomunada y solidaria

12. Se formularon preguntas sobre la relación que existía entre el párrafo 6 y el párrafo 5 (en el que se enunciaba el principio de que, cuando hubiera más de una parte ejecutante marítima responsable, la responsabilidad de ambas sería mancomunada y solidaria). Con respecto al párrafo 5 se expresó la opinión de que, en el derecho de *common law*, tal vez no pudiera considerarse que el concepto de "responsabilidad mancomunada y solidaria" fuera estrictamente equivalente a los conceptos de los países con régimen de derecho civil de "*responsabilité solidaire*" o "*responsabilidad solidaria*", que, a su vez, diferían de conceptos como los de "*responsabilité conjointe*" o "*responsabilidad mancomunada*". Se consideró en general que tal vez convendría especificar en todos los idiomas que, cuando varias partes fueran tenidas por responsables en virtud del párrafo 5, cada una de ellas estaría obligada, por separado, a indemnizar las pérdidas totales, a reserva de toda

otra limitación legislativa aplicable y del derecho de una de las partes a recurrir ante una instancia judicial contra las otras partes responsables.

Responsabilidad acumulada

13. Las delegaciones estuvieron de acuerdo en general con el principio enunciado en el párrafo 6 de que cuando todas las partes demandadas tuvieran derecho a beneficiarse de las disposiciones sobre responsabilidad limitada que preveía el proyecto de instrumento, un demandante no debería poder reclamar al porteador contratante y/o a las partes ejecutantes marítimas una suma global que excediera de los límites totales de responsabilidad previstos en el proyecto de instrumento.

Compensación - exclusión de las partes ejecutantes no marítimas

14. Se examinó la cuestión de la compensación de los daños entre los diferentes demandados que fueran objeto de una reclamación y se estudiaron posibles hipótesis. Hubo delegaciones que expresaron dudas sobre el modo en que se aplicaría el principio de la responsabilidad acumulada cuando las demandas estuvieran sujetas a diferentes regímenes de la responsabilidad, y algunos demandados pudieran exigir la limitación acumulada de la responsabilidad y otros no. Por ejemplo, cuando tanto las partes ejecutantes marítimas como las no marítimas fueran responsables y cuando las partes ejecutantes no marítimas estuvieran sujetas, conforme al derecho aplicable, a límites de la responsabilidad superiores, el párrafo 6 no debería tener como consecuencia que esas partes ejecutantes no marítimas estuvieran sujetas a límites inferiores de la responsabilidad. No obstante, cuando se pagara compensación en virtud de otro régimen de la responsabilidad porque el demandante hubiera reclamado indemnización presentando una demanda directamente contra una parte ejecutante no marítima, y, posteriormente, contra el porteador contratante, la suma pagadera por la parte ejecutante no marítima debería compensarse con cargo a la suma reclamada al porteador. Otro de los ejemplos citados era el caso en que se superara el límite de responsabilidad respecto de uno de los demandados por razones de conducta dolosa, pero que ese límite siguiera teniendo vigencia para los otros demandados. A fin de paliar algunos de esos inconvenientes, el Grupo de Trabajo convino en general en que el párrafo 6 fuera aplicable tanto al porteador contratante como a las partes ejecutantes marítimas, pero que se puntualizara que no tenía por objeto ser aplicable a las partes ejecutantes no marítimas.

15. Con respecto al posible enunciado del párrafo 6, se sugirió que se sustituyeran las palabras “todas esas personas” por una referencia al porteador contratante y a las partes ejecutantes marítimas. Como variante, se sugirió que el párrafo 6 tuviera el siguiente tenor: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19, la responsabilidad acumulada de todas esas personas no superará, en lo que respecta a la responsabilidad del porteador contratante y de cualquier parte ejecutante marítima, los límites generales de la responsabilidad enunciados en el presente instrumento”. Se sugirió también que la cuestión de la compensación se dejara en manos del derecho interno aplicable. Conforme a otra sugerencia, al redactarse el texto revisado del proyecto de artículo 6, tal vez sería útil guiarse por el texto del artículo 10 de las Reglas de Hamburgo.

Ubicación de los párrafos 5 y 6

16. Se sugirió que los párrafos 5 y 6 se fundieran en un único párrafo y que, dado que debían ser aplicables tanto a los porteadores contratantes como a las partes ejecutantes marítimas, se eliminaran del artículo 15 y se insertaran tal vez en la disposición que rige la limitación de la responsabilidad.

Conclusiones del Grupo de Trabajo respecto del párrafo 6

17. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- en el texto del proyecto de disposición deberían introducirse palabras que reflejaran el consenso al que habían llegado las delegaciones con respecto al significado del concepto de "responsabilidad mancomunada y solidaria";
- el principio general de la responsabilidad acumulada, enunciado en el párrafo 6, era apropiado;
- los párrafos 5 y 6 deberían aplicarse tanto a los porteadores contratantes como a las partes ejecutantes marítimas;
- los párrafos 5 y 6 deberían eliminarse del proyecto de artículo 15 y deberían constituir una disposición aparte;
- habría que examinar más detenidamente si sería viable formular una regla uniforme sobre la cuestión de la compensación, en defecto de la cual dicha cuestión podría dejarse en manos del derecho interno aplicable;
- la Secretaría debería preparar un proyecto revisado en el que se tuvieran en cuenta diversas posibles soluciones de la cuestión de la compensación que se basaran en las opiniones expresadas y en las sugerencias formuladas durante el debate.

Proyecto de artículo 16. Retraso

18. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 16 conforme al texto presentado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Debate general

19. Se expresaron ciertas dudas respecto de la procedencia de regular en el proyecto de instrumento la cuestión del retraso en la entrega. Se adujo, a favor de que se suprimiera el proyecto de artículo 16, que se trataba de una cuestión puramente comercial que debería dejarse al arbitrio de las partes para que lo resolvieran en el marco de sus estipulaciones contractuales. Se dijo, en apoyo de dicho parecer, que se trataba de una cuestión no regulada en las Reglas de La Haya. Se dieron ejemplos de supuestos en los que una reglamentación excesiva de la demora en la entrega podría dejar de lado ciertos usos comerciales y prácticas contractuales, o comprometer la seguridad del transporte marítimo. Prevaleció, no obstante, la opinión de que debería reglamentarse la cuestión del retraso en la entrega de conformidad con la práctica legislativa adoptada por otros regímenes de

la responsabilidad y, en particular, por un régimen de derecho marítimo tan importante como el de las Reglas de Hamburgo.

Párrafo 1

Retraso en supuestos en los que se haya estipulado el plazo de entrega

20. Se apoyó en general la idea de que el porteador pudiera incurrir en responsabilidad por el incumplimiento de su obligación de efectuar la entrega dentro del plazo expresamente convenido. En cuanto a la formulación de la regla, se estimó que el texto del párrafo 2 del artículo 5 de la versión inglesa de las Reglas de Hamburgo "*the time expressly agreed upon*" era más preciso que el enunciado del proyecto actual ("*any time* ...").

Retraso en supuestos en los que no se haya estipulado un plazo de entrega

21. El debate se centró en saber si, en dicho supuesto, cabía o no hacer responsable al porteador por retraso en la entrega, una vez que hubiera transcurrido "el plazo dentro del que sea razonable esperar que un porteador diligente efectuará la entrega". Se objetó que la referencia a un "plazo razonable" resultaría excesivamente subjetiva e imprecisa y que podría dar pie a interpretaciones divergentes que podrían restar armonía a la jurisprudencia en el ámbito internacional. En el mismo orden de ideas, se argumentó que imponer al porteador la obligación de entregar las mercancías en un "plazo razonable" mermaría aún más el deseable equilibrio entre las obligaciones del porteador y las del cargador, que ya se había visto alterado, en detrimento del porteador, al suprimirse la excepción fundada en el error de navegación (A/CN.9/544, párr. 127). Se respondió que, si bien el párrafo 1 imponía al porteador una nueva obligación, debería tenerse presente que el párrafo 2 limitaba considerablemente el alcance de la responsabilidad del porteador por concepto del daño emergente imputable al retraso en la entrega.

22. Predominó el parecer de que era preciso enunciar en el proyecto una regla de derecho supletorio, conforme a la consignada en el texto entre corchetes al final del párrafo 1, por la que se expresara el principio general de que la entrega deberá efectuarse sin demora excesiva. Se observó que la referencia a "las características del transporte" y a las "circunstancias del viaje" dejaba margen suficiente para acomodar toda práctica comercial establecida por la que se tolerara cierto grado de imprecisión en la aplicación de este principio. Se explicó que dicha regla supletoria sería además necesaria para evitar que el porteador quedara exento de toda responsabilidad en supuestos en los que el plazo de la entrega hubiera sido implícito, aun cuando no explícitamente estipulado por las partes. Se observó que, de suprimirse tal regla supletoria, se estaría dejando esta cuestión al arbitrio del derecho interno, lo que sería contrario al objetivo general del nuevo régimen, por el que se trataba de armonizar el derecho aplicable al transporte.

23. Respecto de las consideraciones circunstanciales enunciadas al final del párrafo 1, se sugirió que se añadiera a dicha lista la de "las características de las mercancías". Se sugirió además que se simplificara el final de ese párrafo ajustándolo al texto del párrafo 2 del artículo 5 de las Reglas de Hamburgo, en donde sólo se hablaba de "las circunstancias del caso". Se sugirió, no obstante, que sería, en todo supuesto, esencial mantener la referencia que se hacía a "los términos

del contrato". En lo referente a la coherencia de la terminología empleada, se expresaron reservas sobre la expresión "lugar de entrega". También se sugirió que en el proyecto de instrumento se evitara toda distinción innecesaria entre "el lugar" y el "punto" de entrega y que se eliminara toda ambigüedad respecto a si por dicho lugar se entendía el lugar efectivo de la entrega o el lugar contractualmente estipulado para la entrega. A título formal, se sugirió suprimir, por innecesarias, las palabras "o, de no haber tal acuerdo,".

Conclusiones del Grupo de Trabajo respecto del párrafo 1

24. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- el proyecto de instrumento debería enunciar en su texto el principio de que el porteador será tenido por responsable de todo retraso indebido en la entrega y que esa responsabilidad se fundara en la culpa que fuera imputable al porteador;
- mantener, eliminando los corchetes, la regla supletoria enunciada al final del párrafo;
- el Grupo de Trabajo tomó nota de las sugerencias arriba mencionadas en relación con el enunciado detallado del párrafo 1, y se convino en que tal vez convendría examinar con más detenimiento el texto preciso del párrafo en un futuro período de sesiones, sobre la base de la versión revisada que preparara la Secretaría.

Párrafo 2

"pérdidas que no se derivan de las pérdidas o los daños de las mercancías transportadas"

25. Un número considerable de delegaciones fue partidario de que en el proyecto de instrumento se mantuviera una regla que limitara la responsabilidad del porteador por todo daño emergente (designado asimismo como "pérdida puramente económica") que fuera imputable a la demora en la entrega. Se observó que dicha regla era frecuente en convenios internacionales relativos al transporte terrestre ferroviario o por carretera. Desde una perspectiva formal, se estimó en general que convendría describir el supuesto del daño emergente en términos más breves y precisos que los del actual párrafo 2 ("pérdidas que no se derivan de las pérdidas o los daños de las mercancías transportadas").

"[... veces el flete pagadero por las mercancías retrasadas]"

26. Se preguntó cuál era la razón de que se señalara un método particular (referido al flete) para determinar la cuantía de la indemnización abonable por el porteador por concepto de daño emergente (y su límite máximo), en vez de utilizar el método usual (referido al valor de las mercancías) señalado en los proyectos de artículo 17 y 18, para calcular la indemnización por toda pérdida o daño que sobreviniera a las mercancías. Se explicó que el daño emergente era conceptualmente distinto del daño sufrido por la mercancía en sí, y que no era un daño que estuviera necesariamente vinculado al valor de las mercancías. Para ilustrar esta distinción, se recordó que diversos regímenes del transporte, tanto de derecho interno como internacionales,

calculaban la indemnización abonable por daño emergente en función del flete o del porte abonable por el transporte. Ahora bien, se observó asimismo que el daño emergente podría ser muy superior al valor de las mercancías, mientras que el flete no solía representar más que una pequeña fracción de dicho valor. La sugerencia de que se combinaran ambos métodos en un texto que dijera "equivalente a [... veces que el flete pagadero por las mercancías retrasadas, o al límite de la responsabilidad enunciado en el artículo 18, de ser este límite más alto]" obtuvo escaso apoyo.

27. Las deliberaciones se centraron en el multiplicador que procedería utilizar, si se calculaba el límite en función de la cuantía del flete. Un número considerable de delegaciones se mostró a favor de que se impusiera un límite reducido a la indemnización abonable por el porteador por concepto del daño emergente ocasionado por una entrega tardía. Por consiguiente, se sugirió que dicho límite no excediera de la cuantía abonable por concepto de flete (el importe de un solo flete) por el transporte de las mercancías entregadas con retraso. No obtuvo mucho apoyo la sugerencia de que se estudiaran también multiplicadores de 2,5 o de hasta 4 veces el importe del flete. Se expresó notable inquietud respecto de la posibilidad de que se pudiera violar dicho límite amparándose en lo dispuesto en el proyecto de artículo 19 (a efectos de la reanudación de los debates al respecto, véanse los párrafos 52 a 62 *infra*).

Autonomía contractual

28. Se sugirió, como forma adicional de limitar el alcance de la responsabilidad impuesta al porteador por todo daño emergente ocasionado por el retraso en la entrega de las mercancías, que la regla enunciada en el párrafo 2 estuviera sujeta a la autonomía contractual de las partes. Un número considerable de delegaciones expresó el temor a que tal remisión a la autonomía contractual violara el principio general enunciado, como cuestión de orden público, en el párrafo 1 (véase el párrafo 22 *supra*). Ahora bien, se acordó que tal vez convendría estudiar más detenidamente esta cuestión cuando se examinara el proyecto de artículo 19, que trata de la pérdida del derecho a limitar la responsabilidad y también al examinar de forma general el principio de la autonomía contractual, en el marco del capítulo 19. Se recordó que, en el párrafo 40 del documento A/CN.9/WG.III/WP.34, se había propuesto una revisión del párrafo 2 basada en la autonomía contractual de las partes.

Conversión posible de la indemnización por retraso en indemnización por pérdida total de las mercancías

29. Se presentó una propuesta basada en la regla, enunciada en el párrafo 1 del artículo 20 del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), de que al expirar un plazo de 90 días desde la fecha en que el porteador se hubiera hecho cargo de las mercancías, el hecho de no haber sido entregadas las mercancías sería prueba concluyente de la pérdida de las mercancías, por lo que la persona facultada para reclamar su entrega podría optar por darlas por perdidas. Si bien esta propuesta recibió cierto apoyo, se observó que dicha regla podría complicar innecesariamente el régimen del instrumento, habida cuenta, en particular, de que tal vez hiciera falta alguna regla suplementaria para evitar una indemnización excesiva en el supuesto de que las mercancías aparecieran una vez transcurrido el plazo de 90 días. Se estimó que el régimen del instrumento

pasaría a ser demasiado complejo y detallado si se había de entrar en cuestiones como la del traspaso eventual de la propiedad de las mercancías al porteador o la de la facultad otorgada al cargador de optar entre reclamar las mercancías o solicitar indemnización por la pérdida de las mismas.

Ubicación del párrafo 2 en el texto del nuevo instrumento

30. Se expresó el parecer de que sería mejor que el párrafo 2 formara parte del proyecto de artículo 18. Se estimó en general que convendría tal vez reexaminar esta cuestión en un ulterior período de sesiones.

Conclusiones del Grupo de Trabajo respecto del párrafo 2

31. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- el límite de la indemnización abonable por un daño emergente ocasionado por un retraso en la entrega de las mercancías debería calcularse en función del flete;
- sustituir en el párrafo 2 los puntos suspensivos por "[una vez]", de forma que el texto dijera "equivalente a [una vez] el flete pagadero por las mercancías retrasadas" (es decir: "equivalente al flete pagadero..."), con miras a volver a examinar dicho texto en un ulterior período de sesiones;
- insertar al comienzo del párrafo 2 las palabras "[Salvo acuerdo en contrario]", junto con una nota de pie de página en la que se indicara que la cuestión de la autonomía contractual debería ser reexaminada en el marco tanto del proyecto de artículo 19 como del capítulo 19 del futuro convenio. Debería introducirse una disposición del tenor de la enunciada en el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, con miras a promover una interpretación uniforme del régimen del nuevo instrumento.

Proyecto de artículo 17. Cálculo de la indemnización

32. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 17 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Párrafo 1

Debate general

33. El Grupo de Trabajo apoyó en general el contenido del párrafo 1. Ahora bien, se expresaron ciertas inquietudes de índole formal. Se apoyó la sugerencia de que el texto del párrafo 1 ("el lugar y el momento de la entrega según el contrato de transporte") fuera alineado con el texto correspondiente del proyecto de artículo 7, y se expresó cierta preferencia por la fórmula utilizada en este artículo. Se sugirió además que, a la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo respecto del proyecto de artículo 16, tal vez procediera examinar la conveniencia de regular por separado el cálculo de los daños ocasionados por todo retraso en la entrega de las mercancías.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de párrafo 1

34. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 1, a reserva de que la Secretaría lo reformulara ajustándolo más al texto del proyecto de artículo 7.

Párrafo 2

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 2

35. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 2.

Párrafo 3

Debate general

36. Se explicó que el párrafo 3 tenía por objeto aclarar lo dispuesto al respecto en las Reglas de La Haya-Visby, cuyo texto no dilucida si el demandante podrá o no reclamar indemnización por concepto de algún daño emergente. En dicho párrafo se faculta a las partes en un contrato de transporte para prever una indemnización de todo daño emergente, a condición de que las partes hayan dado a conocer claramente su intención de indemnizarlo, de conformidad con lo previsto en el proyecto de artículo 88. Se expresó cierta inquietud ante la reglamentación del daño emergente y ante el apoyo que parecía darse en este párrafo al carácter unilateralmente imperativo del régimen del instrumento, deducible de lo actualmente dispuesto en el proyecto de artículo 88, el cual permite que el porteador o una parte ejecutante aumenten por vía contractual el alcance de sus obligaciones y de su responsabilidad.

Conclusiones del Grupo de Trabajo respecto del párrafo 3

37. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 3.

Proyecto de artículo 18. Límites de la responsabilidad

38. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 18 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Párrafo 1

Nivel del límite de la responsabilidad

39. Las delegaciones convinieron en que no había llegado el momento de intercambiar pareceres respecto de cuál sería el nivel apropiado del límite de la responsabilidad que habría de indicarse en el párrafo 1. Se expresaron opiniones a favor de que se incrementara el nivel establecido por las Reglas de La Haya-Visby, y se dijo que algunos Estados serían partidarios de fijar un límite bajo. Recibió amplia aprobación la sugerencia de que se preparara un estudio sobre el nivel al que se había fijado dicho límite en diversos Estados y en diversas ramas del sector de los transportes. El Comité Marítimo Internacional (CMI) se ofreció a distribuir un cuestionario entre sus miembros para que especificaran el nivel actual del límite

aplicable en sus respectivos países a toda reclamación de indemnización marítima, así como todo dato disponible sobre el valor real de la carga. Además, los Estados miembros y observadores asistentes a la reunión convinieron en facilitar a la Secretaría información acerca de los límites de la responsabilidad aplicables en cada ramo del sector de los transportes, así como todas las estadísticas de que dispusieran sobre las sumas efectivamente reclamadas, a fin de facilitar el estudio propuesto. Se sugirió que la Secretaría recabara información de la Organización Marítima Internacional (OMI) respecto de las tasas de inflación y los límites de la responsabilidad aplicables, por ejemplo, en el contexto del Convenio de Atenas.

Procedimiento de enmienda

40. Se propuso insertar en el proyecto de instrumento un procedimiento de enmienda rápida de todo límite de la responsabilidad establecido, a fin de poder reajustarlo sin tener que volver a negociar el instrumento en su totalidad. Se observó que ya se había propuesto un procedimiento de enmienda rápida en los párrafos 11 y 12 del documento A/CN.9/WG.III/WP.34. Se estimó que también cabría remitirse al procedimiento de enmienda previsto por el Convenio de Atenas. Se apoyó ampliamente la inclusión de un procedimiento de enmienda en el proyecto de instrumento.

Pérdida económica y la fórmula "pérdida concerniente a las mercancías"

41. Se dijo que la expresión "pérdida concerniente a las mercancías" había sido tomada del artículo IV.5. a) de las Reglas de La Haya-Visby, cuya intención era cubrir toda pérdida registrada en el valor de mercado de las mercancías ocasionada por una demora, pero no una pérdida de su valor económico en sí. Se sugirió que si con el proyecto de artículo se pretendía cubrir las pérdidas puramente económicas, tal vez procedería reformular su texto en términos del siguiente tenor: "la responsabilidad del porteador por toda pérdida o daño que sobrevenga a las mercancías o por toda demora en su entrega". La propuesta de suprimir las palabras "o en relación" (en lo concerniente) recibió cierto apoyo. Se dijo además que los daños económicos habían quedado excluidos de dicha regla por el empleo de la fórmula inicial "a reserva de lo dispuesto en el artículo 16 2)".

42. Se expresaron dudas respecto de la interpretación de la frase "pérdida o daño en relación con (o concerniente a) las mercancías", y sobre si convendría suprimirla. Se estimó que con dicha fórmula se trataba de abarcar no sólo todo daño ocasionado a las mercancías sino los daños imputables a otras circunstancias, como errores en la entrega o descripciones falsas de las mercancías consignada en el conocimiento de embarque. Hubo fuerte oposición a que se suprimiera esa fórmula. Se observó que si su intención era la de prever el supuesto de falsedad en la descripción de las mercancías o algún error en su entrega, tal vez procediera colocarla en un artículo aparte que previera algún método distinto para el cálculo de la indemnización. Se observó además que si la interpretación de la fórmula "concerniente a las mercancías" era correcta, tal vez procediera insertar también tal fórmula en el proyecto de artículo 14 (A/CN.9/WG.III/WP.36). Como se observó en el curso de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, la fórmula "en relación con las mercancías" (o concerniente a las mercancías) aparecía en otros proyectos de artículo, por lo que se recomendó que la Secretaría examinara su empleo (véanse los párrafos 44, 58, 89 y 91 *infra*).

Variante eventual del texto

43. Algunas delegaciones se mostraron partidarias de que se sustituyera el texto del párrafo 1 por la variante reproducida en la nota de pie de página 92 del documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Conclusiones del Grupo de Trabajo respecto del párrafo 1

44. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- el texto del párrafo 1 era en general aceptable;
- se colocara entre corchetes la fórmula "en relación con" ("concerniente a") en este y en otros proyectos de artículo para que fuera objeto de ulterior examen;
- el CMI y los Estados miembros y Estados observadores asistentes a la reunión del Grupo de Trabajo facilitaran datos a la Secretaría para la preparación de un estudio comparativo sobre el nivel del límite de la responsabilidad por concepto de pérdida o de demora que se preveía en los diversos regímenes de transporte, junto con las estadísticas disponibles sobre el importe de las reclamaciones presentadas;
- la Secretaría tratara de obtener información de la OMI sobre la previsión, en los límites de la responsabilidad, de la tasa eventual de inflación;
- se pidiera a la Secretaría que preparara proyectos de disposición en que se previera un procedimiento de enmienda rápida del límite de la responsabilidad, valiéndose de todo modelo o propuesta ya existente.

Párrafo 2

Debate general

45. Se recordó que el párrafo 2 fue recientemente examinado en detalle (véase A/CN.9/544, párrs. 43 a 50), y que en el Grupo de Trabajo había cierto equilibrio entre el número de delegaciones partidarias de mantener este párrafo y el de las que propugnaban su supresión. Se había decidido entonces colocar su texto entre corchetes en espera de que el Grupo de Trabajo se pronunciara sobre el límite de la responsabilidad que habría de enunciarse en el párrafo 1.

Retraso en la entrega

46. Se sugirió que se tratara la cuestión del retraso en la entrega de las mercancías de modo similar a como se trataba, en el párrafo 2, la cuestión de su pérdida o del daño que se les ocasionara. Ahora bien, se observó que la demora en la entrega ocurrida en el curso de una operación de transporte intermodal estaría en general bien documentada al irse consignando su traslado de una modalidad de transporte a otra, de tal modo que resultaría menos problemático probar en qué etapa se había registrado la demora que demostrar en cuál de ellas se había producido un daño oculto. A título de respuesta, se sugirió que si se mantenía, en el proyecto de artículo 16, a un nivel bajo el límite de la responsabilidad por el retraso en la entrega, el porteador no se sentiría incentivado para tratar de determinar cuándo

ocurrió la demora, salvo que el porteador estuviera sujeto a un límite superior de la responsabilidad por algún otro concepto. No obstante, se argumentó que al porteador le interesaría de hecho determinar en qué etapa del transporte se produjo el retraso, a fin de poder presentar una demanda contra la parte que causó el retraso. Frente a este argumento, se objetó que una regla al respecto resultaría demasiado favorable a los titulares de derechos sobre la carga, al ser a menudo difícil determinar cuál era la causa real del retraso, dado que, por ejemplo, un día de demora en el tramo ferroviario podría suponer que el contenedor perdiera su enlace marítimo. Hubo expresiones de apoyo tanto a favor como en contra de que se enunciara una disposición similar a la del párrafo 2 respecto del retraso en la entrega.

Conclusiones del Grupo de Trabajo respecto del párrafo 2

47. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- se mantuviera el texto del párrafo 2 entre corchetes;
- se introdujera una referencia al retraso en la entrega de las mercancías en el texto del párrafo 2, con miras a examinar más adelante esta cuestión.

Párrafo 3

Debate general

48. Se dijo que en el párrafo 3 se reproducía la conocida regla del contenedor enunciada en las Reglas de La Haya-Visby. Se apoyó ampliamente el texto de este párrafo, pero se planteó la cuestión de cómo se aplicaría esta regla en el supuesto de que se estipulara alguna cláusula contractual condicionante. Se sugirió también que esta regla se hiciera extensiva al empleo de paletas como medio auxiliar de transporte, y que, para ello, cabría incluir el concepto de “paletas” en la definición de “contenedor”, dada en el proyecto de artículo 1. Se sugirió además que se estudiara la opción de fijar un límite distinto para los contenedores que sustituyera al límite aplicable en función de los bultos.

Conclusiones del Grupo de Trabajo respecto del párrafo 3

49. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 3 y señaló que tal vez procediera reformular la definición de “contenedor” en el proyecto de artículo 1, a fin de que en ella tuviera cabida el concepto de “paletas”.

Párrafo 4

Debate general

50. El Grupo de Trabajo se mostró en general satisfecho con el párrafo 4. Se observó que el párrafo exigía que la moneda fuera valorada al tipo de cambio aplicable en la fecha del fallo judicial, por lo que no sería posible tratar de sacar provecho, en la aplicación de este párrafo, del valor fluctuante de la moneda considerada. Se preguntó si no procedería suprimir la última oración del párrafo, dado que repetía lo ya dicho en otros convenios y que sólo parecía tener interés histórico. Se sugirió que se hiciera referencia en este párrafo a “la fecha del laudo

arbitral" o "a la fecha del laudo arbitral definitivo". Se pidió, no obstante, cierta cautela al respecto, dadas las consecuencias imprevistas que pudiera tener toda alteración de este texto, que era ya bien conocido.

Conclusiones del Grupo de Trabajo respecto del párrafo 4

51. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 4.

Proyecto de artículo 19. Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad

52. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 19 que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Debate general

53. Se apoyó en general el criterio seguido en el proyecto de artículo 19, según el cual el límite de la responsabilidad podría traspasarse en determinadas circunstancias excepcionales. Se estimó que la amplitud de esas circunstancias que debería reconocer el proyecto de instrumento era una cuestión que había que sopesar, teniendo en cuenta la decisión que se tomara con respecto a la suma especificada para esos límites, especialmente de conformidad con los proyectos de artículo 18 y 16. Se dijo que, si se especificaran límites más altos, resultaría justificado hacer que, en la práctica, los límites fueran casi infranqueables.

Referencias al párrafo 2 del artículo 16 y al "retraso en la entrega"

54. Se expresó la opinión de que sería inadecuado equiparar la intención de causar un retraso en la entrega con la de causar una pérdida económica al consignatario. Se explicó que, en algunas prácticas de transporte, eran habituales la "navegación lenta", la "contratación excesiva" u otras conductas intencionadas del porteador que causaban un retraso en la entrega. El retraso podía deberse también a una decisión náutica intencionada, tomada en interés de la carga, por ejemplo, para esquivar una tormenta. Por ello, debería distinguirse la simple intención de causar un retraso (aceptable en determinadas circunstancias) de la intención de causar un retraso a sabiendas de que probablemente sobrevendría una pérdida económica para el consignatario (situación en que no debería respetarse el límite de la responsabilidad). Se estimó que, al tratar la cuestión del retraso, podría ser necesario hacer la misma distinción, en el proyecto de artículo 19 y en el párrafo 1 del proyecto de artículo 16, entre, por un lado, el retraso registrado cuando se hubiera estipulado en el contrato el plazo de entrega y, por otro, el retraso no justificable en el caso de no haber habido esa estipulación. Como variante y complemento, se sugirió otro posible párrafo que regulara la cuestión del retraso en la entrega en los siguientes términos:

> "Ni el porteador ni ninguna de las personas mencionadas en el artículo ... tendrán derecho a limitar su responsabilidad con arreglo al artículo 16.2) del presente instrumento, ni a un límite superior al estipulado en el contrato de transporte, si el demandante prueba que la pérdida debida al retraso ha sido resultado de un acto u omisión de la persona que reclame un derecho de

limitación con la intención de causar esa pérdida debida al retraso, o temerariamente y a sabiendas de que con su acto u omisión sobrevendría probablemente tal pérdida."

Posible referencia al artículo 17

55. Se expresó la opinión de que debería añadirse a la lista de disposiciones que establecían un límite de la responsabilidad una referencia al artículo 17, ya que ese artículo producía el mismo efecto que un límite de la responsabilidad. Se replicó que el efecto de ese proyecto de artículo no era establecer un límite sino, simplemente, enunciar un método para el cálculo de la indemnización.

Libertad de contratación

56. En cuanto a la posibilidad de que el límite de la responsabilidad resultara totalmente imposible de rebasar a causa de un acuerdo contractual entre las partes (posiblemente mediante una estipulación específica cuando el contrato de transporte se negociara libremente o, en el caso de un contrato de adhesión, mediante una mención en cualquier título de transporte), la opinión general fue que, en los casos de mala conducta premeditada o de comportamiento temerario, esos acuerdos contractuales deberían considerarse contrarios al orden público y no deberían reconocerse en el proyecto de instrumento.

57. Sin embargo, se expresó la opinión de que podría ser necesario hacer una referencia a las cláusulas del contrato de transporte en el artículo 19, a fin de reflejar las condiciones en que un límite de la responsabilidad superior estipulado por acuerdo de las partes (o, en función de las decisiones que habría que tomar con respecto al capítulo 19, un límite inferior) podría rebasarse en circunstancias excepcionales. Se respondió que el caso en que las partes convinieran un límite superior ya quedaba comprendido en el artículo 18, y el supuesto en que se estipulara un límite inferior en un acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea (*Ocean Liner Service Agreement (OLSA)*), quedaría probablemente fuera del ámbito del proyecto de instrumento con arreglo al capítulo 19.

"daño sufrido por éstas o relacionado con dichas mercancías"

58. Se estimó en general que las palabras "o relacionado con" debían tratarse como en el proyecto de artículo 18.

"acto u omisión [personal]"

59. Se observó que la obligación de demostrar el acto u omisión personal de la persona que reclamara un derecho de limitación de su responsabilidad (por ejemplo, el porteador contractual) hacía que el límite de responsabilidad fuera en la práctica casi infranqueable. Se apoyó firmemente la ampliación del alcance del proyecto de artículo 19 para que abarcara el caso en que la conducta premeditada o temeraria fuera de un empleado o agente del porteador contractual. Se sugirió también emplear las palabras "acto u omisión del porteador o de cualquiera de las personas mencionadas en el proyecto de artículo 14 bis". Se plantearon dudas sobre cómo podría demostrarse el acto u omisión "personal" de una empresa.

60. Se apoyó firmemente el mantenimiento de la referencia al acto u omisión personal de la persona que reclamara un derecho de limitación de su

responsabilidad, con exclusión de los actos u omisiones de los empleados o agentes de esa persona. Se observó que si se fijaba un límite prácticamente infranqueable, muchas partes podrían abstenerse de presentar demandas. Se señaló también que el propósito del proyecto de instrumento no era crear un régimen subsidiario de la responsabilidad civil que pudiera entrañar graves dificultades con respecto a la posible interacción entre el proyecto de instrumento y el régimen de la responsabilidad aplicable a un subcontratista no marítimo. Era concebible que, con arreglo al régimen de la responsabilidad aplicable al subcontratista, se aplicara un límite de responsabilidad cuando, con respecto al porteador contractual, se traspasara el límite del proyecto de artículo 19. Se sugirió que, si se diera esa situación, sería necesaria una norma simétrica a la del párrafo 2 del proyecto de artículo 18, a fin de garantizar que, cuando un subcontratista cuya conducta hubiera causado el daño estuviera protegido por un límite de responsabilidad infranqueable en virtud del derecho aplicable al margen del proyecto de instrumento, ese límite se hiciera extensivo a la persona responsable en virtud del proyecto de artículo 19. Con respecto al problema planteado acerca del acto u omisión "personal" de una empresa, se señaló que esa "empresa" constituiría normalmente una persona jurídica, y que el concepto de "acto u omisión personal" estaba bien implantado en derecho marítimo y se entendía que abarcaba a los gestores de una persona jurídica. Para paliar el problema, se sugirió sustituir las palabras "acto u omisión personal de" por las palabras "acto u omisión en connivencia con (...) o con el conocimiento de (...)".

"temerariamente"

61. Se expresó la opinión de que la referencia a la conducta "temeraria" de la persona que reclamara un derecho de limitación de su responsabilidad era poco clara y que daba pie a interpretaciones subjetivas de los tribunales nacionales. Se sugirió que el límite sólo pudiera ser franqueable en los casos de conducta "premeditada o fraudulenta".

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo con respecto al artículo 19

62. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió que:

- se actualizara la referencia al "artículo 15 3) y 4)", debiendo decir "artículo 14 bis";
- se mantuvieran entre corchetes las palabras "[o según se estipule en el contrato de transporte,]", en espera de un ulterior debate sobre el capítulo 19;
- se siguiera debatiendo la cuestión del retraso sobre la base de un proyecto revisado que prepararía la Secretaría para recoger las propuestas arriba mencionadas;
- se mantuviera la palabra "personal", pero ya sin corchetes;
- la sugerencia de agregar al texto una referencia al artículo 17 tal vez podría requerir un debate ulterior en el contexto del capítulo 19.

Proyecto de artículo 20. Notificación en caso de pérdida, daño o retraso

63. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 20 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Párrafo 1

Finalidad del párrafo 1

64. Una gran mayoría de delegaciones reconoció la utilidad de la presunción establecida en el párrafo 1. Se observó que disposiciones de esa índole habían caracterizado el derecho marítimo desde que, por primera vez, se enunció esa presunción en el párrafo 6 del artículo III de las Reglas de La Haya, y hasta la fecha su aplicación no había creado dificultades de importancia. Se señaló al Grupo de Trabajo que la inclusión de dicha presunción en las Reglas de La Haya había tenido por objeto subsanar la situación en que, cuando no se hubiera notificado la pérdida en el plazo prescrito, quedara totalmente excluida la posibilidad de presentar una demanda por tal pérdida. Con las Reglas de La Haya se había pretendido aclarar que el hecho de que no se presentara la notificación sólo implicaba que el demandante perdería el beneficio de la presunción conforme a la cual el daño sufrido por la carga se había producido durante el período de responsabilidad del porteador, y antes de su entrega al consignatario. Además, una delegación expuso al Grupo de Trabajo, en relación con la aplicación de tal disposición, el siguiente ejemplo: el porteador entregaba las mercancías al agente del consignatario y éste las hacía llegar al consignatario, el cual no las inspeccionaba y no notificaba al porteador ningún daño en el plazo prescrito. En tal caso, el consignatario no podría beneficiarse de la presunción y debería demostrar que el daño sufrido por las mercancías se produjo antes de que éstas fueran entregadas a su agente. Se observó que la presunción beneficiaba tanto al consignatario, que podía invocarla y que no podía estar sujeto a plazos de notificación muy breves impuestos por un contrato de transporte, como al porteador, que recibía oportunamente la notificación del daño y que podía así empezar a reunir pruebas al respecto, mientras estuvieran disponibles.

65. No obstante, se puso en duda la necesidad de mantener en el texto el párrafo 1, dado que no parecía prever consecuencias jurídicas en caso de que no se diera la notificación requerida. Dado que el hecho de dar la notificación, o de no darla, no afectaba al régimen de la carga de la prueba que en el proyecto de artículo 14 sobre la responsabilidad general se imponía, por una parte, al porteador y, por otra, al demandante, se planteó la cuestión de si el párrafo 1 era realmente necesario. Ante el acuerdo de las delegaciones del Grupo de Trabajo sobre la utilidad general de la presunción establecida por el párrafo 1, se decidió tratar de mejorar el enunciado del párrafo 1 y aclarar su aplicación, así como las consecuencias de que no se diera notificación. Se sugirió asimismo que en la futura revisión se aclarara la distinción entre la notificación de la existencia de un daño o una pérdida, lo cual era la finalidad del párrafo 1, y la presentación de pruebas sobre el daño o la pérdida, lo cual sólo sería necesario ulteriormente, para respaldar una demanda.

66. Con miras a que el texto del artículo revisado reflejara algunas de las opiniones y sugerencias expresadas en los párrafos anteriores, se propuso al Grupo de Trabajo revisar el texto del párrafo 1 con palabras del siguiente tenor:

"1. [El consignatario o una persona que actúe en su nombre deberá dar] [Deberá darse] notificación de la pérdida de mercancías o de los daños sufridos por éstas [o en relación con las mismas], con indicación del carácter general de tales pérdidas o daños, al porteador o a la parte ejecutante que haya entregado las mercancías antes del momento previsto de la entrega o en dicho momento, o, si la pérdida o el daño no son aparentes, [en un plazo de tres días laborables] [en un plazo razonable] [en un plazo de ... días laborables en el lugar de la entrega] [en un plazo de ... días consecutivos] después de la entrega de las mercancías. [El tribunal, al decidir si el demandante ha cumplido su obligación respecto de la carga de la prueba que le impone el párrafo 1 del artículo 14, [podrá] [deberá] tener en cuenta el hecho de que no se haya dado tal notificación.] No se requerirá dicha notificación en caso de pérdida o de daño que se hayan determinado en una inspección conjunta de las mercancías, llevada a cabo por el consignatario y por el porteador o la parte ejecutante respecto de quien se haya alegado que es responsable."

67. Algunas delegaciones consideraron que esta versión revisada constituía una mejora por suprimir la presunción que figuraba en la versión original del párrafo 1, y porque recordaba a las partes que el hecho de no dar la notificación podía dificultar la presentación de pruebas sobre sus argumentos. Se observó que el texto que figuraba entre corchetes podría también impedir que los tribunales impusieran otros tipos de sanciones por el hecho de no haber dado la notificación. Sin embargo, otras delegaciones siguieron apoyando el texto original del párrafo 1, en particular por considerar que ese texto era bien conocido y que ya figuraba en otros regímenes del transporte, por lo que los jueces de muchos Estados sabrían cómo aplicarlo. Se formuló una reserva sobre el texto revisado, concretamente acerca de la claridad de las palabras que figuraban entre corchetes, y también por el hecho de que no parecía querer asesorar a los tribunales sobre el modo en que debían evaluarse las pruebas. Además, algunas delegaciones abogaron por la supresión del párrafo 1 en su totalidad.

Plazo para dar la notificación

68. La mayoría de las delegaciones del Grupo de Trabajo estimó que, si se quería mantener el párrafo 1, la expresión "en un plazo razonable" no establecía un plazo apropiado para notificar un daño oculto al porteador o a la parte ejecutante, pues con tales términos no se daba una orientación clara a las partes comerciales. Se señaló que en las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby, el plazo para la notificación era de tres días. Se sugirieron plazos de distinta duración, concretamente de tres, siete, diez y 15 días. Se indicó también que, en cualquier caso, en aras de la equidad, debería fijarse un plazo de días laborables, y no de días consecutivos, particularmente si se optaba por un período de notificación breve.

69. Se formuló la pregunta de si en el plazo de notificación debería hacerse referencia al "lugar de la entrega" o, más bien, al "lugar de la entrega final". Se sugirió que el texto dijera: "en el plazo de ... días laborables después de la entrega efectiva". Se señalaron las posibles dificultades prácticas que plantearía la expiración del plazo de notificación si dicho plazo fuera breve y expirara antes de que un porteador por carretera, que recogiera la carga en el muelle, la entregara al consignatario, particularmente habida cuenta de que sería improbable que dicho porteador por carretera estuviera dispuesto a actuar como agente del consignatario y

a desembalar las mercancías para comprobar si había daños ocultos. No obstante, se señaló que esa dificultad sólo se plantearía cuando se tratara de un contrato de transporte de puerto a puerto, y no de puerta a puerta, ya que en esa disposición se pretendía repartir el riesgo de ambigüedades sobre el lugar en que se hubiera producido el daño. Se observó que, en el caso de un contrato de transporte de puerto a puerto, el consignatario debe asumir el riesgo una vez que su agente tenga las mercancías bajo su control, pero, según se señaló, la mayoría de los contratos actuales eran de puerta a puerta, con lo cual ese problema no se plantearía con mucha frecuencia. Esta argumentación recibió apoyo y se observó que ésta era la razón por la cual, en el contexto del proyecto de artículo 9, se había advertido del riesgo que entrañaba incluir en el proyecto de instrumento los contratos de transporte combinados o de tránsito.

70. Otra pregunta que se formuló guardaba relación con la aplicación del párrafo 1 en diversos puertos en los que el porteador debe entregar las mercancías a partes sujetas a control estatal, como a las autoridades aduaneras; en tales casos, ni el porteador ni el consignatario podían prever el tiempo que transcurriría hasta que la carga fuera efectivamente entregada al consignatario. Por consiguiente, se sugirió que el período de notificación enunciado en el párrafo 1 no empezara a correr hasta que el consignatario estuviera físicamente en posesión de la carga.

71. Predominó la opinión de que un plazo de notificación de siete días sería apropiado.

Forma de la notificación

72. Se planteó el inconveniente de que en el párrafo 1 no se especificaba la forma en que debía efectuarse la notificación. Si bien se señaló que, en la mayoría de los casos, las partes enviarían notificaciones escritas a efectos probatorios, independientemente de que se les exigiera hacerlo así, la mayoría de las delegaciones del Grupo de Trabajo consideró preferible que en el texto se especificara que la notificación podría hacerse o bien por escrito, tal como disponía el párrafo 1 del artículo 19 de las Reglas de Hamburgo y el párrafo 6 del artículo III de las Reglas de La Haya, o por medios electrónicos. Se observó que el proyecto de artículo 5, que aún no había sido examinado por el Grupo de Trabajo, disponía que, en virtud del proyecto de instrumento, la notificación debería efectuarse de forma escrita o por medios electrónicos.

Partes que deben enviar y recibir la notificación

73. Se formularon reservas sobre las palabras que figuraban entre corchetes en el sentido de que la notificación debe ser dada por el consignatario o en nombre de éste. Se observó que este requisito, de ser aceptado por el Grupo de Trabajo, podría limitar innecesariamente la categoría de partes que podrían dar notificación de una pérdida o de un daño. Además, se estimó que convendría que no sólo debiera darse notificación al porteador o a la parte ejecutante, sino también a los agentes del porteador o de la parte ejecutante. Estas sugerencias recibieron cierto apoyo.

74. Se señaló que, en virtud del párrafo 1, la notificación debería darse al porteador o a la parte ejecutante, pero que el sistema de regímenes previsto en el proyecto de instrumento permitía que, para la notificación de una pérdida, un daño o un retraso, pudiera aplicarse otro régimen con respecto al tramo terrestre de un

determinado contrato de transporte. Por consiguiente, se consideró apropiado que en el proyecto de artículo 20 se insertara una regla del siguiente tenor: "Se darán también por cumplidos la forma y el plazo prescritos para la notificación de un daño cuando se hayan observado las disposiciones correspondientes que serían aplicables a un contrato de transporte que rigiera el último tramo del transporte". Algunas delegaciones apoyaron esta propuesta. En cambio, otras delegaciones sostuvieron que la cuestión de los plazos de notificación enunciados en los convenios de transporte terrestre estaba vinculada a sus regímenes de la responsabilidad y que no debería disociarse de ese contexto. Dado que el párrafo 1 tenía consecuencias jurídicas limitadas, no debería contener disposiciones innecesariamente complicadas. Además, si finalmente se optaba por un plazo de notificación de siete días, se contribuiría a evitar confusiones, dado que ese plazo sería similar al que prevén determinados instrumentos que rigen el transporte por carretera, como el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR).

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 1

75. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- el texto original y la revisión propuesta del párrafo 1 se insertaran en el texto entre corchetes con miras a futuros debates;
- se suprimieran las palabras "en un plazo razonable" en la versión original del párrafo 1;
- el plazo de siete días, considerado apropiado, se insertara en la versión original del párrafo 1, poniendo entre corchetes las dos variantes "siete días consecutivos" y "siete días laborables".

Párrafo 2

Diferencias entre el párrafo 1 y el párrafo 2

76. Se formularon reservas sobre el trato diferente que se da en el párrafo 1 y en el párrafo 2 al hecho de no haber dado notificación. Se sostuvo que el hecho de excluir toda demanda por pérdidas debidas a un retraso por el hecho de no haber notificado la pérdida en el plazo de 21 días era una condición particularmente rigurosa, habida cuenta del hecho de que el porteador ya se beneficiaría del bajo límite de responsabilidad previsto en el párrafo 2 del artículo 16 para los daños ocasionados por un retraso, equivalente a una vez el importe del flete pagadero. Se señaló asimismo que el proyecto de convención ya contenía disposiciones sobre el plazo para la presentación de demandas, y que no sería razonable excluir toda demanda en las circunstancias enunciadas en el párrafo 2. Se respondió que el párrafo 1 se había redactado con miras a regular la notificación de pérdidas no visibles, pero que pudieran detectarse en una inspección de las mercancías, la cual, en interés de todas las partes, debería efectuarse en el plazo más breve posible. En cambio, en la situación que regulaba el párrafo 2, todas las partes tendrían pronto conocimiento del retraso, pero faltaba información relativa a los daños y perjuicios reclamados a raíz de la pérdida ocasionada por un retraso. Se consideró que el plazo de notificación más largo era razonable, pues permitía determinar la existencia de daños emergentes, que a veces podían ser difíciles de determinar, y dar la

correspondiente notificación. Además, se señaló que en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) se regulaba del mismo modo la falta de notificación, en el plazo especificado, de una pérdida ocasionada por un retraso.

"*la pérdida*" *(ocasionada por un retraso)*

77. Se sugirió que se requiriera la notificación del retraso, y no la de la pérdida. No obstante, se señaló que las partes no tardarían mucho en enterarse del retraso y que para el porteador lo importante era conocer con certeza las consecuencias jurídicas del retraso y las pérdidas económicas que éste ocasionara y de las que el porteador pudiera ser responsable. Se argumentó que resultaría difícil para el demandante determinar el importe de las pérdidas ocasionadas por el retraso, pero se tomó nota de que lo que se requería era la notificación de la pérdida y no los detalles de la reclamación. Una delegación sugirió que se suprimiera la palabra *such* en la versión inglesa, a fin de dejar claro el contenido de la notificación, o que se hiciera una remisión concreta al párrafo 2 del artículo 16 para poner de relieve que se hacía referencia a las pérdidas económicas. Se estimó que, para indicar que se hacía referencia a la pérdida ocasionada por el retraso, no bastaría con utilizar simplemente, en la versión inglesa, la palabra "loss". Algunas delegaciones apoyaron la propuesta de que se sustituyeran las palabras "la pérdida" por "la perdida ocasionada por el retraso".

"la persona a la que se impute la responsabilidad"

78. Se señaló que, mientras que en el párrafo 1 se preveía la notificación del porteador o de la parte ejecutante, el párrafo 2 exigía que se notificara a "la persona a la que se impute la responsabilidad". Se argumentó que esas palabras tenían la finalidad de alentar al demandante a decidir pronto a qué parte debería demandar, teniendo presente que podría haber que notificar a numerosas partes, a fin de poner sobre aviso y de dar seguridad a los posibles demandados en tal reclamación. Sin embargo, algunas delegaciones apoyaron la opinión de que con esas palabras podría limitarse inequitativamente la posibilidad de entablar la demanda, dado que no estaba claro si sería posible demandar a una parte a la que no se hubiera dado notificación. Varias delegaciones apoyaron la sugerencia de que se sustituyeran las palabras "a la persona a la que se impute la responsabilidad" por las palabras "al porteador".

Plazo

79. Se observó que las Reglas de Hamburgo preveían, en el párrafo 5 de su artículo 19, un plazo de 60 días para la notificación de toda pérdida resultante de un retraso. Se consideró que el plazo de 21 días para la notificación era adecuado, pues con él el porteador tenía un margen de seguridad y podía evaluar el alcance de su posible responsabilidad. Se señaló también que el plazo de 21 días, enunciado en el párrafo 2, coincidía con el plazo que preveía el Convenio CMR para la notificación de pérdidas debidas a un retraso.

"entrega"

80. Se sugirió que en el párrafo 2 se puntualizara que por "entrega" debería entenderse la entrega realizada conforme a lo estipulado en el contrato.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 2

81. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- se sustituyera la frase "a la persona a la que se impute la responsabilidad" por las palabras "al porteador";
- se sustituyeran las palabras "la pérdida" (en inglés, *such loss*) por las palabras "la pérdida ocasionada por un retraso", velando por la coherencia en la traducción de la palabra "loss" a los otros idiomas.

Párrafo 3

Corrección

82. Se convino en sustituir las palabras "en el presente capítulo" por las palabras "en el presente artículo".

"notificación dada a la parte ejecutante"

83. Se apoyó la sugerencia de que la segunda vez que se menciona la "parte ejecutante", en la frase final del párrafo, debería decirse "parte ejecutante marítima", a fin de tener en cuenta la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de que la aplicación del proyecto de instrumento se limitara a las partes ejecutantes marítimas. Se consideró que, de no efectuarse ese cambio, se impondría a las partes ejecutantes la carga de recibir la notificación conforme al proyecto de instrumento. Se replicó que ya se desprendía claramente del texto del párrafo que se hacía únicamente referencia a una notificación efectuada en virtud del proyecto de instrumento, y no conforme a algún otro convenio de transporte. Se sostuvo que si se aceptaba la modificación y se hablaba de "parte ejecutante marítima", debería sustituirse el artículo determinado para que la frase dijera "una" o "alguna" parte ejecutante marítima y que, en tal caso, tal vez ya no serían necesarias las palabras "que entregó las mercancías".

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 3

84. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió pedir a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de este párrafo, teniendo en cuenta si sería conveniente que en la última frase del párrafo se hiciera referencia a "parte ejecutante marítima" y si deberían efectuarse cambios de redacción al respecto.

Párrafo 4

Debate general

85. Se sugirió que se suprimiera el párrafo 4 y que las disposiciones sobre el acceso a las mercancías y su inspección se dejaran al arbitrio de las partes o en manos del derecho interno. No obstante, se puso de relieve que esta disposición cumplía un fin importante y que se había extraído de las Reglas de La Haya y de las

Reglas de La Haya-Visby, y hubo delegaciones que propugnaron que se mantuviera el párrafo en el texto.

"[para] [deberá]"

86. Se sugirió que se suprimiera la variante "[para]" y que se mantuviera en el texto la variante "deberá", eliminando los corchetes.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 4

87. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió mantener el párrafo 4 en el texto, suprimiendo la variante "[para]" y optando por la variante "deberá", ya sin corchetes.

Proyecto de artículo 21. Reclamaciones extracontractuales

88. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 21 que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Cuestiones de redacción

89. Se convino en que, en este artículo, se agregara, después de las palabras "parte ejecutante", la palabra "marítima". Se señaló además que las palabras "o relacionado con", examinadas en los párrafos 42 y 58 *supra*, figuraban también en este artículo.

Relación con el párrafo 4 del artículo 15

90. Se estimó que este artículo era una duplicación del párrafo 4 del artículo 15, enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36, y que el artículo 21 debería suprimirse por superfluo. Frente a este argumento se sostuvo que el párrafo 4 del artículo 15 tenía por objeto ofrecer a los empleados y agentes del porteador las salvaguardias del caso Himalaya, en tanto que el proyecto de artículo 21 hacía extensivos a las demandas extracontractuales las excepciones y los límites de la responsabilidad previstos en el proyecto de instrumento.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 4

91. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió:

- agregar la palabra "marítima" a las palabras "parte ejecutante";
- pedir a la Secretaría que analizara el párrafo 4 del artículo 15 y el proyecto de artículo 21 para determinar si había una repetición de conceptos y, en caso de que no lo considerara así, estudiara la posibilidad de unificar ambas disposiciones, dada la estrecha relación que guardaban entre sí;
- pedir a la Secretaría que tomara en consideración el presente artículo al examinar, en todo el proyecto de instrumento, las palabras "en relación con las mismas".

Capítulo 6. Disposiciones suplementarias relativas al transporte por mar

Proyecto de artículo 22. Responsabilidad del porteador

92. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 22 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Reubicación del artículo en el proyecto de instrumento

93. Se convino en general en que, habida cuenta de las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones, habría que trasladar el contenido del proyecto de artículo 22 al proyecto de artículo 14.

La excepción por incendio

94. Se apoyó con vehemencia la idea de suprimir la excepción por concepto de incendio. Se sostuvo que en la navegación moderna no era necesario regular de forma específica los supuestos de incendio. Se señaló también que sería particularmente apropiado que dichos supuestos se rigieran por la norma general enunciada en el proyecto de artículo 14, dado que en la mayoría de los casos el porteador estará en mejores condiciones de determinar las causas de un incendio. No obstante, se apoyó también con firmeza la propuesta de mantener la excepción tradicionalmente aplicable a los supuestos de incendio para no alterar el equilibrio general entre los intereses de las partes establecido en el proyecto de instrumento. Se especificó que con la supresión de la excepción por error de navegación ya se había menoscabado ese equilibrio. Se sugirió al respecto que dicha excepción volviera a introducirse en el proyecto de instrumento, al menos para que quedara regulado el error de navegación en que pudiera incurrirse en zonas de practicaje obligatorio (véase A/CN.9/WG.III/WP.28). Esa sugerencia recibió escaso apoyo.

95. Respecto de la forma en que podría enunciarse la excepción en supuestos de incendio, se propuso que se sustituyeran las palabras “por culpa del porteador o con su consentimiento” por la expresión “por culpa del porteador, de sus empleados o de sus agentes”. Se señaló que tal vez cabría examinar la cuestión más a fondo cuando el Grupo de Trabajo se ocupara del proyecto de artículo 14.

Salvamento de bienes en el mar

96. Se expresaron dudas sobre si era conveniente regular el salvamento o la tentativa de salvamento de bienes en el mar del mismo modo que el salvamento o la tentativa de salvamento de vidas en el mar. Muchas delegaciones apoyaron la idea de agregar al texto un criterio de actuación razonable, con palabras como “la adopción de medidas razonables para salvar o intentar salvar bienes en el mar”. Se señaló que el salvamento de bienes en el mar podría entrañar una remuneración considerable para el porteador, sin que ello incidiera directa o automáticamente en las mercancías dañadas.

Tentativa razonable de no perjudicar el medio ambiente

97. En el contexto del debate sobre el salvamento o la tentativa de salvamento de bienes en el mar, se sugirió que en el proyecto de instrumento se previera una causa

especial de exoneración cuando hubiera habido una tentativa razonable de no perjudicar el medio ambiente. Esta sugerencia recibió un amplio apoyo.

Riesgos del mar

98. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en general sobre el texto de la norma relativa a los "riesgos, peligros y accidentes del mar o de otras aguas navegables".

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 22

99. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió:

- mantener la excepción por incendio en el proyecto de instrumento y examinarla más a fondo en el contexto del proyecto de artículo 14;
- sustituir las palabras "salvamento o tentativa de salvamento de bienes en el mar" por la expresión "medidas razonables para salvar o intentar salvar bienes en el mar", consignándola tal vez en un apartado independiente;
- introducir en el proyecto de instrumento, tal vez como apartado independiente, una expresión similar a "tentativa razonable de no perjudicar el medio ambiente";
- pedir a la Secretaría que preparara un proyecto revisado en el que se fundieran en una sola disposición el proyecto de artículo 22 y el proyecto de artículo 14 enmendado por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones.

Proyecto de artículo 23. Desviación

100. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 23 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Debate general

101. Se plantearon dudas acerca de la utilidad que tendría el proyecto de artículo 23 en muchos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, se explicó que, con arreglo a la jurisprudencia de ciertos países, era necesario que existiera una disposición análoga a la enunciada en el proyecto de artículo 23, a fin de evitar que la desviación se entendiera como una violación grave de las obligaciones del porteador. Esa explicación satisfizo en general a las delegaciones. Con el fin de que se regulara de manera más exhaustiva el tema de la desviación, se señaló al Grupo de Trabajo una propuesta de revisión del proyecto de artículo 23, enunciada en el párrafo 38 del documento A/CN.9/WG.III/WP.34. En concreto, la finalidad de esa propuesta era disponer claramente que el porteador sólo podría ser tenido por responsable de una desviación "no justificable" de ruta y que este concepto debería interpretarse únicamente en función de la ruta asignada a un buque marítimo (explotado por el porteador o por una parte ejecutante). Si bien tanto el texto actual del proyecto de artículo 23 como la revisión propuesta obtuvieron apoyo, se estimó que sería necesario celebrar más consultas antes de poder llegar a un acuerdo sobre el enunciado de la disposición relativa a la desviación.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el artículo 23

102. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que, con miras a reanudar el examen del proyecto de artículo 23 en un ulterior período de sesiones, el texto actual del proyecto de artículo y la variante propuesta en el párrafo 38 del documento A/CN.9/WG.III/WP.34 figuraran entre corchetes en el proyecto de instrumento.

Proyecto de artículo 24. Carga en cubierta

103. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 24 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Párrafo 1

"b) ... contenedores que viajen sobre cubiertas especialmente equipadas para el transporte de dichos contenedores"

104. Se sugirió que el apartado b) indicara expresamente que los contenedores destinados al transporte en cubierta deberían ser "contenedores cerrados" o "contenedores equipados para el transporte de la carga en cubierta", dado que el texto de la definición de contenedor, en el proyecto de artículo 1 s), se expresaba en términos demasiado latos para este supuesto. A ello se respondió que se utilizaban de hecho diversos tipos de contenedores semicerrados para el transporte de la carga en cubierta. Se preguntó cuál era la necesidad del texto del apartado b), ya que dicha condición parecía estar implícita en la referencia del apartado c) al transporte en cubierta que "se efectúe ... o de conformidad con la costumbre, los usos o las prácticas del comercio". Se observó, no obstante, que los dos supuestos descritos en los apartados b) y c) eran necesarios para englobar las diversas prácticas del sector de los transportes que podrían tener distintas consecuencias jurídicas.

"c) ..., siempre que su transporte se efectúe de conformidad con el contrato de transporte"

105. Se preguntó cuál era el acuerdo requerido para autorizar, en un contrato de transporte, que la carga viaje en cubierta y, concretamente, si bastaría con que se consignara una indicación al respecto en el conocimiento de embarque o si sería necesaria una estipulación contractual a dicho respecto. Se estimó que sería preferible dirimir esta cuestión una vez que el Grupo de Trabajo hubiera examinado todo lo relativo a la autonomía contractual.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 1

106. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió:

- sustituir, en el apartado b), el término "contenedores" por las palabras "contenedores equipados para el transporte de la carga en cubierta", que se colocarían entre corchetes para ser examinadas más adelante;
- colocar entre corchetes las palabras "en los casos no previstos en los apartados a) o b) del presente artículo", al comienzo del apartado c);

- colocar entre corchetes el texto, en el apartado c), las palabras "de conformidad con el contrato de transporte".

Párrafo 2

Debate general

107. Hubo acuerdo general en cuanto a la idoneidad del principio enunciado en la regla del párrafo 2. Se convino asimismo en que las palabras iniciales del párrafo 2 dijeran "... de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 a) o c)", en vez de "... en los párrafos 1 a) y c)".

Compatibilidad con la regla del proyecto de artículo 14 en lo relativo a la carga de la prueba y al supuesto de la causa concurrente

108. Se preguntó cuál sería el efecto del párrafo 2 a la luz de lo dispuesto en el proyecto de artículo 14 (A/CN.9/WG.III/WP.36). Se observó que el párrafo 2 se apartaba del proyecto de artículo 14 al trasladar la carga de la prueba, respecto de la causa del daño, al porteador. Pese a ello, se sostuvo que la responsabilidad del porteador por toda pérdida, daño o demora "que sean exclusivamente consecuencia" del transporte en cubierta de las mercancías, podrían plantear un difícil problema en relación con lo dispuesto en la regla relativa a la causa concurrente del párrafo 4 del artículo 14.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 2

109. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió:

- corregir el texto del párrafo 2 sustituyendo la conjunción "y" por "o" en la primera frase de dicho párrafo;
- examinar más en detalle la regla del párrafo 2 a la luz del párrafo 4 del artículo 14.

Párrafo 3

Observaciones generales

110. Si bien el contenido del párrafo 3 era en general aceptable, predominó el parecer de que la cuestión suscitada por los derechos de terceros debería ser examinada más en detalle en el marco del capítulo 11 (derecho de control) y del capítulo 12 (transferencia de derechos). Se observó que el debate pendiente sobre la autonomía contractual repercutiría, a su vez, en la cuestión de los derechos de los terceros. Se sugirió que el párrafo 3 fuera también aplicable al supuesto de un tercero que se hubiera fiado de un título de transporte o documento electrónico no negociable, dado que la cuestión debería ser resuelta en función de la confianza depositada en dicho título o documento y no en función de su contenido jurídico.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 3

111. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que, en cuanto hubiera examinado la cuestión de los derechos de los terceros y el tema de la autonomía contractual, en el marco general del proyecto de instrumento, volvería a examinar el párrafo 3 en general, así como la cuestión de si esa regla debería ser aplicable al

supuesto en que un tercero hubiera depositado su confianza en un título de transporte o documento electrónico no negociable.

Párrafo 4

"si el porteador y el cargador han convenido expresamente"

112. Se preguntó por qué hacía falta que el cargador y el porteador hubieran estipulado expresamente que las mercancías habían de viajar bajo cubierta para franquear el límite de la responsabilidad respecto de todo daño imputable al transporte en cubierta de las mercancías, cuando la norma general era que las mercancías viajaran bajo cubierta salvo en los supuestos descritos en el párrafo 1. Se respondió que únicamente la violación de una estipulación explícita entre las partes en virtud de la cual el contenedor hubiera de viajar bajo cubierta podría dar lugar a la pérdida del derecho del porteador a limitar su responsabilidad, con arreglo al párrafo 4, por haber causado el daño que se hubiera pretendido explícitamente evitar.

"que se deban exclusivamente al hecho de haber sido transportadas en cubierta"

113. Se sugirió que cuando el porteador transportara las mercancías en cubierta pese a haberse expresamente estipulado que las transportara bajo cubierta, todo daño imputable a su transporte en cubierta se considerara fruto de un acto temerario, conforme a lo previsto en el proyecto de artículo 19, con lo cual el porteador quedaría privado del derecho a limitar su responsabilidad. Se propuso, por ello, que se suprimiera la frase "que se deban exclusivamente al hecho de haber sido transportadas en cubierta". Esta propuesta recibió apoyo.

114. Ahora bien, varias delegaciones estimaron que un comportamiento doloso o temerario, que era lo que regulaba el proyecto de artículo 19, difería notablemente del supuesto regulado en el párrafo 4, a saber, la intencionalidad del acto causante de la pérdida o del daño. Se citó, a título de ejemplo, el supuesto en que se produjera la pérdida de un buque en su totalidad, lo que, en principio, no debería dar lugar a que el porteador se viera privado del límite de su responsabilidad respecto de la carga transportada en cubierta, dado que, en dicho supuesto, no habría un vínculo causal directo entre el hecho indebido de que la carga viajara sobre cubierta y la pérdida de la carga. Algunas delegaciones apoyaron la sugerencia de que se mantuviera el texto del párrafo 4 en su forma actual.

115. Una tercera propuesta presentada fue la de suprimir únicamente la palabra "exclusivamente". Cabía prever que con esa enmienda se ampliaría el alcance potencial de la responsabilidad del porteador, reconociéndose así la gravedad del incumplimiento por el porteador de su acuerdo explícito de transportar las mercancías bajo cubierta. Esta propuesta recibió también apoyo de varias delegaciones.

Supresión del párrafo 4

116. Se hizo una cuarta propuesta consistente en que se suprimiera el párrafo 4 en su totalidad, particularmente si era correcto que la regla del artículo 19 abarcaba los supuestos regulados en el párrafo 4. Esta propuesta obtuvo bastante menos apoyo que las tres anteriores respecto de este párrafo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del párrafo 4

117. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió:

- colocar la palabra "expresamente" entre corchetes;
- colocar entre corchetes la frase "que se deban exclusivamente al hecho de haber sido transportadas en cubierta";
- colocar también la palabra "exclusivamente" entre corchetes;
- poner todo el párrafo 4 entre corchetes;
- era preciso reanudar el examen del párrafo 4 en un futuro período de sesiones y estudiar con mayor detenimiento la relación entre la regla enunciada en este párrafo y lo dispuesto en el proyecto de artículo 19.

Capítulo 7. Obligaciones del cargador

Proyecto de artículo 25

118. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 25 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/XIII/WP.32.

"[A reserva de las estipulaciones del contrato de transporte,]"

119. Según la opinión general de las delegaciones, en el proyecto de artículo 25 habría que hacer referencia al contrato de transporte. No obstante, a juicio de una delegación, la referencia que se hacía a dicho contrato en el texto actual no se había insertado en el lugar adecuado. Según se argumentó, el cargador y el porteador podían convenir en eludir la obligación de entregar las mercancías preparadas para el transporte cuando, por ejemplo, el porteador conviniera en utilizar su equipamiento para situar las mercancías del cargador de forma que quedaran dispuestas para el transporte, sin que el cargador quedara dispensado de su obligación de preparar las mercancías de modo que pudieran resistir el transporte previsto. Por consiguiente, se estimó que deberían suprimirse las palabras que figuraban entre corchetes y que, después de las palabras "el cargador entregará las mercancías preparadas para el transporte", deberían agregarse las palabras, "salvo acuerdo en contrario, y". Las delegaciones no formularon reservas concretas sobre esta sugerencia, siempre y cuando, al introducirla en el texto, no se menoscabara la intención de las palabras que inicialmente figuraban entre corchetes en el proyecto de artículo. En este mismo orden de ideas, se propuso que se suprimieran las palabras que figuraban entre corchetes, pero que, después de la frase inicial del proyecto de artículo 25 ("el cargador entregará"), se insertaran las palabras que se empleaban en el proyecto de artículo 10 relativo a las obligaciones del porteador ("de conformidad con las cláusulas del contrato del transporte").

120. Se sugirió que se suprimieran totalmente las palabras que figuraban entre corchetes en el proyecto de artículo 25, a fin de que no cupiera inferir que era posible incrementar las obligaciones del cargador mediante un acuerdo contractual. No obstante, las delegaciones apoyaron firmemente el texto del actual proyecto de artículo y el principio enunciado en las palabras que figuraban entre corchetes.

Disposiciones sobre la seguridad y el medio ambiente

121. Se sugirió que en el proyecto de artículo 25 se tuvieran en cuenta las disposiciones que ya regían en diversos Estados la seguridad de los transportes insertando palabras como "sin perjuicio de las reglamentaciones de seguridad". Se formuló una propuesta similar con respecto a la protección del medio ambiente.

Segunda frase del proyecto de artículo 25

122. Se propuso que se suprimiera la segunda frase del proyecto de artículo 25 por estimarse que repetía innecesariamente las obligaciones del cargador ya enunciadas en la primera frase. Sin embargo, se sostuvo que, si bien podría ser conveniente mejorar el enunciado de la segunda frase, la cuestión de los contenedores, que se regulaba en dicha frase, constituía una obligación distinta que debería seguir figurando en el proyecto de artículo. Este punto de vista recibió apoyo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 25

123. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió:

- mantener el proyecto de artículo 25 en el proyecto de instrumento;
- mantener en el texto el principio, que figuraba entre corchetes, en virtud del cual las obligaciones del cargador deberían estar sujetas a las estipulaciones del contrato de transporte, suprimiendo los corchetes; no obstante, el Grupo de Trabajo consideró que convendría que la Secretaría estudiara una posible revisión de esta disposición formulándola en términos apropiados y adecuándola a las observaciones y sugerencias hechas durante el debate;
- encomendar a la Secretaría que estudiara la forma de mejorar el enunciado de la segunda frase sin alterar su significado.

Proyecto de artículo 26

124. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 26 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Debate general

125. Varias delegaciones sugirieron que se suprimiera el proyecto de artículo 26, o que se suprimieran a la vez los proyectos de artículo 25 y 26. Se sugirió también que el texto de los artículos 26 y 28 se fundieran en un solo artículo. Predominó el parecer de que debía mantenerse el contenido del proyecto de artículo 26, que servía para complementar mejor las obligaciones impuestas al cargador en el proyecto de artículo 25.

Lugar adecuado de inserción del artículo en el proyecto de instrumento

126. Por las razones que ya se expusieron en el noveno período de sesiones del Grupo de Trabajo, se expresaron dudas respecto de si procedía colocar el proyecto de artículo 26 en un capítulo referente a las obligaciones del cargador (véase

A/CN.9/510, párrs. 149 a 151). Prevaleció la opinión de que el proyecto de artículo 26 figuraba en el lugar adecuado para servir de complemento lógico de lo dispuesto en el proyecto de artículo 25. A fin de paliar la sensación de incoherencia que puede dar la inclusión de una regla relativa a una obligación del porteador en un capítulo referente a las obligaciones del cargador, las delegaciones acordaron en general encabezar cada artículo del capítulo 7 con un título. Se sugirió que se reformulara el título del propio capítulo 7 para que dijera "Obligaciones del cargador y asuntos complementarios".

"previa petición de"

127. Si bien se expresó el parecer de que el proyecto de artículo 26 enunciaba las obligaciones desde un ángulo excesivamente subjetivo (por ejemplo, al hablar de "las instrucciones que sean razonablemente necesarias o importantes para el cargador"), las deliberaciones se centraron en la cuestión de si el porteador había de facilitar información "previa solicitud" del cargador.

128. Varias delegaciones apoyaron la supresión de las palabras "previa solicitud". Se explicó que cabía esperar del porteador que tomara la iniciativa de facilitar al cargador toda información "razonablemente necesaria" en función del tipo de cargamento. Se respondió que el porteador no sabría necesariamente de qué tipo de carga se trataba y que, dada la onerosa responsabilidad con que el artículo 29 penalizaba todo incumplimiento del proyecto de artículo 26, la obligación del porteador, prevista en el artículo 26, sólo debería ser exigible cuando mediara una solicitud expresa del cargador. Como posible variante de la fórmula "previa petición de", se sugirió introducir en el proyecto de artículo 26 palabras del tenor de las del artículo 27, como "salvo que el porteador pueda razonablemente suponer que el cargador ya conoce esos datos".

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 26

129. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió:

- encomendar a la Secretaría propuestas de epígrafes o títulos para los proyectos de artículo del capítulo 7;
- mantener el contenido del proyecto de artículo 26 en el capítulo 7, junto con las palabras "previa petición de" para proseguir su examen en un ulterior período de sesiones;
- destacar la posible conveniencia de examinar más detenidamente la variante sugerida más arriba.

Proyecto de artículo 27

130. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 27 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Debate general

131. Se apoyó la supresión del apartado c) que, según se dijo, tenía poco en común con el contenido de los apartados a) y b) o con las obligaciones del cargador. Se

adujo, en apoyo de la enmienda, que las cuestiones tratadas en el apartado c) habían quedado suficientemente resueltas en los capítulos 8 (documentación) y 10 (designación del consignatario). Sin embargo, se instó al Grupo de Trabajo a que obrara con suma cautela antes de suprimir una disposición inspirada en las Reglas de La Haya, que abordaba una cuestión que tal vez no estuviera suficientemente regulada en los capítulos 8 y 10. Se convino en general en que tal vez procediera volver a examinar, en un futuro período de sesiones, la posible relación entre el contenido del apartado c) y lo dispuesto en los capítulos 8 y 10.

132. Se apoyó también la opinión de que la última frase del apartado c) ("a menos que el cargador pueda razonablemente suponer que el porteador ya conoce esos datos") fuera aplicable a los apartados a) y b). Respecto del apartado b) predominó, no obstante, el parecer de que la obligación, en él enunciada, de facilitar instrucciones exactas y la documentación necesaria para el cumplimiento de todo reglamento aplicable y de todo otro requisito impuesto por las autoridades públicas no tenía el mismo carácter que la obligación de facilitar información con arreglo al apartado a), por lo que se debía evitar toda ambigüedad respecto de las consideraciones de orden público de derecho interno en que se basaba el apartado b); por estas razones, las obligaciones del apartado a) no deberían hacerse depender de lo que pudiera saber o no saber el porteador.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 27

133. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió:

- considerar aceptable la estructura general del proyecto de artículo 27;
- mantener el texto actual del proyecto de artículo, así como el de sus tres apartados, con miras a proseguir su examen en un futuro período de sesiones;
- agregar, al final del apartado a), las palabras "a menos que el cargador pueda razonablemente suponer que el porteador ya conoce esos datos".

Proyecto de artículo 28

134. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 28 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Supresión del proyecto de artículo 28

135. Con objeto de simplificar el texto del proyecto de instrumento, se sugirió que se suprimiera el proyecto de artículo 28 y que su propósito fundamental (es decir, que la información, las instrucciones y la documentación que el cargador y el porteador intercambien sean exactas y completas y que se faciliten en su debido momento) se plasmara directamente en los proyectos de artículo 26 y 27. Si bien una delegación opinó que el requisito de una información exacta y completa ya estaba implícito en la obligación de proporcionar esa información, enunciada en los proyectos de artículo 26 y 27, un gran número de delegaciones estimó que, por razones prácticas y habida cuenta de los frecuentes casos de presentación falsa de la información y documentación sobre el transporte, podría ser necesario, en ambos

proyectos de artículo, enunciar explícitamente el requisito de presentar información, instrucciones y documentación "exactas y completas".

136. Numerosas delegaciones se declararon partidarias de que se simplificara el proyecto de instrumento suprimiendo el proyecto de artículo 28. No obstante, se expresaron dudas sobre el significado de la obligación de proporcionar información e instrucciones "exactas y completas". Se explicó que podría plantearse un conflicto, por ejemplo, entre el requisito subjetivo de que las instrucciones fueran "razonablemente necesarias o importantes para" el cargador o el porteador y la idea más objetiva de que dichas instrucciones fueran "completas". Se convino en general en que tal vez resultara necesario volver a examinar la cuestión cuando se haya aclarado la naturaleza de las obligaciones del cargador y del porteador en los proyectos de artículo 29 y 30.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 28

137. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió:

- suprimir el proyecto de artículo 28 y mencionar en el proyecto de artículo 26 que el cargador deberá proporcionar la información y las instrucciones "en su debido momento" y que "la información y las instrucciones facilitadas deberán ser exactas y completas", así como enmendar el proyecto de artículo 27 para que dijera que el cargador debería proporcionar al porteador "en su debido momento, la información, las instrucciones y la documentación exactas y completas ...";
- poner entre corchetes las mencionadas enmiendas de los proyectos de artículo 26 y 27 con miras a la reanudación de las deliberaciones al respecto una vez que el Grupo de Trabajo haya examinado las obligaciones del cargador y del porteador previstas en los proyectos de artículo 29 y 30.

Proyectos de artículo 29 y 30

138. El Grupo de Trabajo examinó el texto de los proyectos de artículo 29 y 30 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Propuesta de revisión de los proyectos de artículo 29 y 30

139. Se propuso sustituir el texto de los proyectos de artículo 29 y 30 por una disposición redactada en términos como los siguientes:

> "1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 25, 27 y 28, el cargador será responsable de todo daño o pérdida que sufra el porteador o un subcontratista del porteador que sea consecuencia de un acto premeditado o doloso del cargador o de la negligencia de éste;
>
> 2. Si el cargador entregó al porteador o a un subcontratista del porteador mercancías peligrosas sin haberles informado de su peligrosidad ni de las medidas de seguridad requeridas, y si el porteador no tuvo conocimiento, por algún otro medio, de la peligrosidad de dichas mercancías ni de las medidas de

seguridad requeridas, el cargador deberá responder de todo daño o pérdida que haya sufrido el porteador."

140. Se dijo, a título explicativo, que el cargador debe responder de todo daño que ocasione al porteador y que sea consecuencia de una falta o negligencia suya. Se dijo que el texto sugerido trataba de equilibrar las respectivas obligaciones del porteador y del cargador. La regla enunciada en el párrafo 2 propuesto tenía por objeto imponer al cargador una responsabilidad objetiva (sin necesidad de culpa) por el mero hecho de no haber informado al porteador de la peligrosidad de determinadas mercancías. En cuanto a las obligaciones del cargador frente al consignatario y a la parte controladora, se sugirió hacer remisión, a dicho respecto, ya sea a lo estipulado por las partes en su contrato, ya sea a toda otra norma que fuera por lo demás aplicable al margen del proyecto de instrumento. Se observó que el nuevo texto propuesto partía de la hipótesis de que toda disposición referente a la responsabilidad del porteador en el marco del texto actual de los proyectos de artículo 29 y 30 debería ser examinada de nuevo (y su contenido tal vez ampliado) en el contexto de las disposiciones del proyecto de instrumento que se ocupan, en términos más generales, de las obligaciones del porteador. Se expresó la opinión de que si el porteador incumplía la obligación que le impone el artículo 26, no debería sancionársele declarándolo responsable sino privándolo del derecho a invocar el artículo 25.

141. Si bien hubo acuerdo general sobre la necesidad de mejorar el texto de la revisión propuesta, en particular para evitar ambigüedades respecto de la identidad del "subcontratista del porteador", el Grupo de Trabajo adoptó dicho texto como base para sus deliberaciones.

Principio de la responsabilidad del cargador en función de la culpa que le sea imputable

142. Se apoyó firmemente el principio de que el régimen de la responsabilidad aplicable al cargador se basara en general en la culpa que le fuera imputable, reflejando así el régimen de la responsabilidad del porteador con arreglo al proyecto de instrumento. Respecto de cuáles serían los supuestos que cabría exceptuar de dicha regla general y en los que cabría imponer una responsabilidad objetiva al cargador se citaron los siguientes:

- los supuestos descritos en el apartado c) del proyecto de artículo 27 (falta de los datos requeridos por el porteador para emitir los títulos de transporte), para los que ya estaba prevista la regla de la responsabilidad objetiva en el artículo III.5 de las Reglas de La Haya-Visby;
- los supuestos descritos en el apartado b) del proyecto de artículo 27 (falta de los datos requeridos para que el porteador pueda cumplir todo reglamento aplicable o todo requisito impuesto por las autoridades públicas).

143. En cuanto a la formulación de dichas excepciones, se opinó en general que tal vez procediera modificar las palabras iniciales del párrafo 1 propuesto ("a reserva de los artículos 26, 27 y 28"), no sólo para precisar mejor los supuestos exceptuados sino también para aclarar que, para ser tenido como objetivamente responsable a

tenor de esta disposición, el cargador debería haber incumplido su obligación de facilitar al porteador la información, las instrucciones o los documentos requeridos.

Responsabilidad del cargador frente al consignatario o a la parte controladora

144. Por las razones aducidas, por los autores del texto revisado propuesto, para sustituir a los proyectos de artículo 29 y 30, algunas delegaciones fueron partidarias de que no se tratara de regular la responsabilidad del cargador frente al consignatario. Se expresó, no obstante, el parecer de que convendría que el régimen de la responsabilidad del cargador fuera fiel reflejo de la estructura del régimen de la responsabilidad del porteador, por lo que tal vez procediera volver a examinar, en una etapa ulterior, la cuestión de la responsabilidad frente al consignatario y a la parte controladora.

Responsabilidad conjunta o solidaria

145. Se apoyó el mantenimiento del párrafo 3 de la variante B del texto inicial del artículo 29 para proseguir su examen en alguna etapa ulterior al tratar del tema de la responsabilidad solidaria, que no se abordaba en el nuevo texto propuesto. Se sugirió que, de mantenerse en el proyecto de instrumento una disposición sobre la responsabilidad solidaria de dos o más partes, tal vez haría falta prever también una disposición por la que se regulara el ejercicio de toda acción de repetición o de resarcimiento de una parte frente a la otra.

Mercancías peligrosas

146. Respecto del contenido de la propuesta por la que se prevé que el cargador sea tenido por objetiva o estrictamente responsable de informar al porteador de la peligrosidad de las mercancías y de toda medida de seguridad requerida al respecto, se objetó que la regla propuesta tal vez fuera innecesaria y que sus consecuencias pudieran ser inciertas, imprevisibles y excesivamente gravosas para el cargador, particularmente a la luz de la jurisprudencia registrada en varios países, conforme a la cual ciertas mercancías que no se hubieran conceptuado como peligrosas antes de su transporte, podían ser ulteriormente declaradas peligrosas por los tribunales, por la sola razón de que habían causado daños. Se expresó el parecer de que la cuestión de las mercancías peligrosas había sido suficientemente regulada en el proyecto de instrumento, por ejemplo en los proyectos de artículo 27 y 12, que acertadamente evitaban recurrir al empleo de la expresión “mercancía peligrosa”. Según otros pareceres cabría regular la cuestión de las mercancías peligrosas mediante una remisión al párrafo 2 del artículo 13 de las Reglas de Hamburgo o imponiendo al cargador, en el marco del proyecto de artículo 27, la obligación de informar al porteador de la peligrosidad de las mercancías.

147. El debate se centró en la definición de mercancías peligrosas. Se opinó en general que de mantenerse en el instrumento una disposición explícitamente referida al concepto de mercancías peligrosas, convendría introducir en su texto una definición de las mismas. La única referencia al respecto parecía ser la de la definición dada en el Convenio Internacional sobre Responsabilidad e Indemnización de Daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (SNP), pero se expresaron muchas dudas sobre la conveniencia de introducir esa definición en un instrumento de derecho mercantil

internacional. Algunas delegaciones se mostraron favorables a que, en la definición que se formulara, se regulara la cuestión de las mercancías que se hubieran vuelto peligrosas en el curso del viaje.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre los proyectos de artículo 29 y 30

148. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió:

- trasladar a otra parte del instrumento los aspectos de los proyectos de artículo 29 y 30 relativos a la responsabilidad del porteador, a fin de proseguir su examen en el marco de las disposiciones que regulaban en concreto las obligaciones del porteador;
- reformular en su totalidad el texto de los proyectos de artículo 29 y 30 para reflejar el principio general de que el cargador sólo podía incurrir en responsabilidad cuando hubiera cometido alguna falta;
- aceptar excepciones a ese principio general y la aplicación de una regla de responsabilidad estricta u objetiva en los casos en que el cargador no hubiera cumplido los requisitos enunciados en los apartados b) y c) del proyecto de artículo 27; dichas excepciones deberán figurar en el texto entre corchetes;
- como variante suplementaria, introducir también en el texto una disposición similar al artículo III.5 de las Reglas de La Haya;
- mantener el texto del párrafo 3 de la variante B del proyecto de artículo 29 (A/CN.9/WG.III/WP.32) a fin de poder proseguir su examen en un ulterior período de sesiones;
- insertar, en la parte más adecuada del proyecto de instrumento, una disposición que abordara expresamente la cuestión de las mercancías peligrosas, inspirada en el principio de que el cargador sería estricta u objetivamente responsable de toda deficiencia o error en la descripción facilitada de dichas mercancías;
- definir en términos latos el concepto de “mercancías peligrosas”; se pidió a la Secretaría que al formular la definición, tuviera en cuenta los textos de los convenios internacionales ya en vigor en materia de transportes y que abordara la cuestión de las mercancías que pasaran a ser peligrosas en el curso del viaje.

Proyecto de artículo 29 bis

149. El Grupo de Trabajo examinó la propuesta de introducción de un proyecto de artículo 29 bis en el proyecto de instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.34, párr. 43).

Causalidad

150. La amplitud del alcance del proyecto de artículo 29 bis suscitó observaciones. Se sostuvo que el porteador sólo debería quedar exonerado de responsabilidad cuando la pérdida de mercancías, el retraso en su entrega o el daño sufrido por ellas se debiera a una declaración importante del cargador que no se ajustara a la

realidad. Se observó que el hecho de que en el proyecto de artículo propuesto no se estableciera un nexo de causalidad no era innovador, y se hizo referencia a la disposición correspondiente del artículo IV.5.h de las Reglas de La Haya-Visby. Predominó la opinión de que el proyecto de artículo 29 bis contenía una disposición ya conocida que regulaba una cuestión importante y que debería insertarse entre corchetes en el proyecto de instrumento, a fin de reflejar las reservas formuladas respecto de la causalidad.

Retraso

151. Se formularon reservas sobre la inclusión en el proyecto de artículo 29 bis de los daños resultantes de un retraso, especialmente teniendo en cuenta que la disposición correspondiente de las Reglas de La Haya-Visby no regulaba los daños imputables a un retraso. Entre las delegaciones predominó la opinión de que el hecho de que se insertara la propuesta entre corchetes reflejaría también el hecho de que se habían formulado objeciones respecto de la inclusión de los daños derivados de un retraso.

Lugar más adecuado del proyecto de instrumento para insertar el proyecto de artículo 29 bis

152. Según una delegación, convendría preguntarse si el proyecto de artículo 14 ya regía el supuesto de declaraciones falsas del cargador sobre cuestiones importantes. Se convino en pedir a la Secretaría que estudiara el proyecto de artículo 14 al decidir en qué disposición del proyecto de instrumento resultaría más adecuado insertar el proyecto de artículo 29 bis.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 29 bis

153. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió:

- insertar el texto del proyecto de artículo 29 bis entre corchetes en el proyecto de instrumento;
- estudiar en un futuro período de sesiones las cuestiones del nexo de causalidad entre la exoneración de responsabilidad del porteador y las declaraciones falsas del cargador y de la inclusión en el texto de los daños derivados de un retraso;
- encomendar a la Secretaría que examinara la posibilidad de insertar el proyecto de artículo 29 bis en el capítulo 5, relativo a la responsabilidad del porteador.

Proyecto de artículo 31

154. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 31 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Debate general

155. Se recordó al Grupo de Trabajo que el proyecto de artículo 31 pretendía regular, de las tres posibles categorías de cargadores (el cargador en virtud de la

documentación, el cargador contractual y el cargador que desempeñaba efectivamente esta función), la situación del vendedor FOB que figurara como cargador en el título de transporte (véanse los documentos A/CN.9/510, párr. 164, y A/CN.9/WG.III/WP.21, párrs. 118 a 122). Se señaló además que, en general, esta disposición tenía la finalidad de reflejar lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 36, relativo a la identidad del porteador, por lo que se señaló que tal vez convendría armonizar dicho párrafo con el proyecto de artículo 31. Se convino en general en que el supuesto más problemático que podría plantear el proyecto de artículo 31 sería el de que se presentara una solicitud para modificar el nombre del cargador en el título de transporte. Además, se decidió también que sería conveniente analizar la cuestión más detenidamente para determinar si la situación en que no se mencionaba la identidad del cargador en el título de transporte se daba con la suficiente frecuencia para justificar el examen de esta disposición.

"quedará sujeta a las responsabilidades y obligaciones impuestas al cargador"

156. Varias delegaciones preguntaron si el proyecto de artículo 31 tenía por objeto traspasar las responsabilidades y obligaciones del cargador contractual al cargador que lo fuera en virtud de la documentación o al que efectivamente desempeñara la función de cargador, o si el proyecto de artículo pretendía que hubiera una responsabilidad mancomunada. Se respondió que el propósito del proyecto de artículo 31 no era exonerar de esas obligaciones y responsabilidades al cargador contractual e imponerlas al que fuera cargador en virtud de la documentación, sino imponerlas a éste además de a aquél. También se expresaron dudas sobre si era apropiado que el cargador en virtud de la documentación estuviera sujeto a todas las obligaciones y responsabilidades impuestas al cargador contractual. Se estimó que tal vez sería preferible aplicar únicamente el proyecto de artículo 31 en los casos en que se desconociera la identidad del cargador contractual, pero asegurando que el cargador en virtud de la documentación incurriera en responsabilidad si proporcionaba información falsa o inexacta, independientemente de si se conociera o no la identidad del cargador contractual. Entre las delegaciones predominó la opinión de que deberían mantenerse las palabras "quedará sujeta a las responsabilidades y obligaciones impuestas al cargador", pero entre corchetes, con miras a examinarlas ulteriormente teniendo en cuenta los argumentos aducidos en el contexto de este proyecto de artículo.

"acepta el título de transporte o el documento electrónico"

157. Se planteó el problema de la imprecisión de la palabra "acepta", que podía dar pie a una interpretación demasiado amplia del proyecto de disposición. Si bien se observó que la palabra "acepta" reflejaba con exactitud la situación en que el cargador que lo fuera en virtud de la documentación pasara a ser el primer tenedor en el caso de títulos negociables, se estimó que tal vez sería preferible emplear la palabra "recibe", pues plantearía menos problemas. Entre las delegaciones predominó la opinión de que en el texto de la disposición deberían figurar entre corchetes las palabras "acepta" y "recibe" como posibles variantes.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 31

158. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió:

- considerar aceptable la finalidad general del proyecto de artículo 31, aunque sería preciso estudiar más a fondo el ámbito exacto de aplicación de la disposición y plantearse la cuestión de si debería limitarse a constituir una regla supletoria cuando se desconociera la identidad del cargador contractual;
- poner entre corchetes, en el texto del proyecto de artículo, las palabras "quedará sujeta a las responsabilidades y obligaciones";
- poner entre corchetes la palabra "acepta", junto con la variante "recibe", con miras a futuras deliberaciones sobre el proyecto de disposición.

Proyecto de artículo 32

159. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 32 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Debate general

160. Se convino en que era necesario que el proyecto de instrumento contuviera una disposición como la del proyecto de artículo 32. Se observó que el proyecto de artículo 32 se había formulado con la intención de que concordara con el párrafo 3 del artículo 15 (A/CN.9/WG.III/WP.36) relativo a la responsabilidad de una parte ejecutante por los actos y las omisiones de toda persona en la que hubiera delegado el cumplimiento de alguna de las obligaciones que imponía al porteador el contrato de transporte, y que, de hecho, los términos empleados en ambas disposiciones eran prácticamente idénticos. Se expresaron ciertas dudas sobre las personas que cabría enumerar en el proyecto de artículo 32, pero se consideró que, con las palabras "cualquier persona en la que [el cargador] haya delegado el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones enunciadas en el presente capítulo", ya quedaba suficientemente clara la categoría de personas a las que era aplicable el artículo. También se puso en duda que el proyecto de artículo 32 fuera lo suficientemente claro en lo relativo a la regla general de que la responsabilidad del cargador debería basarse en una falta o culpa; no obstante, se estimó que las palabras "como si fueran sus propios actos u omisiones" ya describían con suficiente claridad el concepto en función del cual habría de evaluarse la responsabilidad. Entre las delegaciones predominó la opinión de que el proyecto de artículo 32 debería mantenerse en su forma actual.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 32

161. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió:

- considerar aceptable la estructura general del proyecto de artículo 32 y mantener su texto actual en el proyecto de instrumento para futuros debates;

- examinar en un futuro período de sesiones los problemas planteados por la relación que guardaba el proyecto de artículo 32 con el párrafo 2 del artículo 11 y con el proyecto de artículo 29 bis.

Capítulo 9. Flete

162. El Grupo de Trabajo examinó el texto del capítulo 9 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Debate general

163. Se estimó que las disposiciones del capítulo 9, relativo al flete, eran normas de carácter no imperativo que regían cuestiones puramente comerciales, por lo que debería suprimirse dicho capítulo. Frente a este argumento se observó que, si bien el capítulo 9 no revestía carácter imperativo, sus disposiciones podrían ser útiles para colmar las eventuales lagunas de los acuerdos celebrados entre las partes comerciales. Se señaló asimismo que, de hecho, algunas de las disposiciones del capítulo 9 no trataban únicamente de la cuestión del flete; concretamente, el párrafo 2 del artículo 43 regulaba la extinción de las obligaciones del cargador y la transferencia de derechos; la disposición relativa al "flete pagado de antemano", enunciada en las dos primeras frases del párrafo 1 del artículo 44, tenía por objeto ofrecer salvaguardias y claridad a los terceros que fueran tenedores de un título de transporte; y con el proyecto de artículo 45 se pretendía dar cierta uniformidad a la cuestión de los derechos de retención. Se propuso que, dado que en esas disposiciones se enunciaban importantes reglas que sólo trataban accesoriamente del flete, convendría que siguieran figurando en el proyecto de instrumento para examinarlas ulteriormente, a pesar del deseo general de suprimir todo el capítulo relativo al flete. Las delegaciones en general se adhirieron a este criterio, salvo en lo relativo al proyecto de artículo 45 que, según se argumentó, era demasiado complejo y regulaba una cuestión demasiado amplia sobre la que sería difícil acordar legislación uniforme, por lo que debería dejarse en manos del derecho interno aplicable. Predominó la opinión de las delegaciones partidarias de suprimir el capítulo 9 en su totalidad, pero se convino en general en mantener en el proyecto de instrumento el párrafo 2 del proyecto de artículo 43 y las dos primeras frases del párrafo 1 del proyecto de artículo 44 (insertando dichos textos en algún otro capítulo del proyecto de instrumento), a fin de que el Grupo de Trabajo pudiera examinarlos ulteriormente.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el capítulo 9

164. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el capítulo 9. El párrafo 2 del proyecto de artículo 43 y las dos primeras frases del párrafo 1 del proyecto de artículo 44 deberán mantenerse, entre corchetes, en el proyecto de instrumento, y la Secretaría deberá insertar esos textos en la parte más adecuada del proyecto de instrumento, a fin de poder examinarlos en un futuro período de sesiones.

III. Otros asuntos

Calendario para el 14º período de sesiones

165. Se observó que a reserva de que lo aprobara la Comisión en su 37º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004), el Grupo de Trabajo celebraría su 14º período de sesiones en Viena, en el Centro Internacional de Viena, del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2004.

Planificación de su futura labor

166. Con el fin de poder estructurar sus deliberaciones sobre las disposiciones restantes del proyecto de instrumento, el Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa provisional para ultimar su segunda lectura del proyecto de instrumento:

- *14º período de sesiones*

  Responsabilidad del porteador (proyectos de artículo 14, 22 y 23);
  Autonomía contractual (proyectos de artículo 2, 88 y 89);
  Vía judicial y arbitraje (proyectos de artículo 72 a 80 bis);

- *15º período de sesiones (Nueva York, primavera de 2005)*

  Títulos de transporte y comercio electrónico (proyectos de artículo 3 a 6 y 33 a 40);
  Derecho de control y transferencia de derechos (proyectos de artículo 53 a 61);
  Entrega de las mercancías (proyectos de artículo 46 a 52);
  Derechos de acción y plazo para presentar una demanda (proyectos de artículo 63 a 71).

Métodos de trabajo

167. Se informó al Grupo de Trabajo de que, con miras a agilizar el intercambio de pareceres, la formulación de propuestas y la formación de un consenso de cara a los preparativos para la tercera y última lectura del proyecto de instrumento, varias delegaciones habían tomado la iniciativa de crear un grupo de consulta oficioso para proseguir las deliberaciones durante los intervalos entre los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo. Se explicó que dicho grupo de consulta oficioso funcionaría intercambiando mensajes por correo electrónico (y, en su caso, celebrando reuniones) y estaría abierto a la participación de los miembros de las delegaciones de Estados interesados, incluidas las delegaciones de observadores. El Grupo de Trabajo acogió con beneplácito esta iniciativa. Se expresó la esperanza de que las modalidades de funcionamiento del grupo permitieran cierto grado de plurilingüismo. Se pidió a la Secretaría que supervisara el funcionamiento del grupo de consulta oficioso y que facilitara la presentación al Grupo de Trabajo de toda propuesta que cualquier Estado Miembro u observador interesado deseara hacer, respecto del proyecto de instrumento, a raíz de las consultas oficiosas mantenidas.

168. Varias delegaciones insistieron en la importancia de que se concluyera la labor sobre el proyecto de instrumento en un plazo razonable. Algunas delegaciones sugirieron que se fijara, como plazo razonable, el año 2005 o el 2006. Si bien no se definió ningún calendario preciso, las delegaciones en general convinieron en la necesidad de que, a medida que avanzaran los debates en los próximos períodos de sesiones, se tuviera siempre presente el plazo general para culminar la labor en curso y que el Grupo de Trabajo lo reevaluara periódicamente.

G. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 13º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías Nota de la Secretaría

(A/CN.9/WG.III/WP.36) [Original: inglés]

Revisión provisional de los artículos del proyecto de instrumento que se trataron en el informe del Grupo de Trabajo III sobre la labor realizada por éste en su 12º período de sesiones (A/CN.9/544)

Índice

		Párrafos
	Introducción	1
I.	Título del proyecto de instrumento	2
II.	Ámbito de aplicación y partes ejecutantes	3-4
	A. Definición de "parte ejecutante" en el proyecto de artículo 1 e)	3
	B. Definiciones de "parte ejecutante marítima" y "parte ejecutante no marítima"	4
III.	Ámbito de aplicación y posibilidad o imposibilidad de determinar el tramo en que se haya producido un daño (párrafo 2 del proyecto de artículo 18)	5
IV.	Ámbito de aplicación: definición del contrato de transporte y regulación del tramo marítimo (proyectos de artículo 1 a) y 2)	6
V.	Exenciones de responsabilidad, error o falta de navegación, y carga de la prueba (proyecto de artículo 14)	7-10
	A. Proyecto de artículo 14	7
	B. Los "peligros exceptuados"	8-10
VI.	Obligaciones del porteador aplicables al viaje por mar (proyecto de artículo 13)	11
VII.	Responsabilidad de las partes ejecutantes (proyecto de artículo 15)	12

Introducción

1. Durante su 12º período de sesiones, el Grupo de Trabajo III examinó una serie de disposiciones del proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías, que figuraba en el anexo de la nota presentada por la Secretaría (véase A/CN.9/WG.III/WP.32). Se pidió a la Secretaría que presentara una versión revisada de las disposiciones examinadas basándose en las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo y en las conclusiones a que llegó éste en su 12º período de sesiones, que se recogían en el informe sobre la labor realizada en dicho período de sesiones (véase A/CN.9/544). Los textos

provisionalmente revisados de esos artículos figuran a continuación en las secciones I a VII del presente documento.

I. Título del proyecto de instrumento

2. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión del título que debía darse al proyecto de instrumento, conforme se explicaba en los párrafos 16 a 19 del documento A/CN.9/544. A efectos de futuras deliberaciones, el título del proyecto de instrumento seguirá siendo: "Proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías", hasta que el Grupo de Trabajo llegue a una decisión al respecto[1].

II. Ámbito de aplicación y partes ejecutantes

A. Definición de "parte ejecutante" en el proyecto de artículo 1 e)

3. Además de las definiciones propuestas en el párrafo 4 *infra*, el Grupo de Trabajo examinó, según los párrafos 34 a 42 del documento A/CN.9/544, el texto del apartado e) del proyecto de artículo 1, que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32. Si bien el Grupo de Trabajo analizó y aprobó, en los párrafos 21 a 27 del documento A/CN.9/544, la exclusión de las partes ejecutantes no marítimas del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento, se estudió también la definición de "parte ejecutante" tal como figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32, sin la exclusión de las partes ejecutantes no marítimas. El texto de la revisión provisional del apartado e) del proyecto de artículo 1, realizada teniendo en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones, era el siguiente:

> "e) Por 'parte ejecutante' se entenderá una persona que no sea el porteador, que ejecute físicamente o que se comprometa a ejecutar[2] alguna de las obligaciones que tenga el porteador en virtud de un contrato de transporte, entre otras[3], el transporte en sí, la manipulación, la custodia o el almacenamiento de las mercancías, en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a petición del porteador o bajo la supervisión o el control de éste[4]. La expresión 'parte ejecutante' no incluye a las personas que hayan sido

[1] Tal como se señalaba en el párrafo 19 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo decidió que, a efectos de ulteriores debates, se mantuviera sin cambios el título actual.

[2] Tal como se señalaba en el párrafo 42 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo decidió provisionalmente incorporar a la definición, sin los corchetes, las palabras "o que se comprometa a ejecutar", a fin de ampliar el alcance de la definición y de aclarar sus límites en cuanto a la ejecución física con arreglo al contrato de transporte.

[3] Como también se señalaba en el párrafo 42 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara la posibilidad de complementar la lista de funciones del porteador con palabras como "entre otras" o con una referencia a "funciones similares". En el presente texto se ha optado por las palabras "entre otras".

[4] De conformidad con el deseo del Grupo de Trabajo (véase el párrafo 42 del documento A/CN.9/544) de examinar la forma de abreviar la definición, se han suprimido las palabras "independientemente de que esa persona sea parte en el contrato de transporte o esté identificada en él, o de que sea jurídicamente responsable en virtud de dicho contrato".

contratadas por un cargador o por un consignatario, o que sean empleadas, agentes[5], contratistas o subcontratistas de una persona (que no sea el porteador) que hayan sido contratadas por un cargador o por un consignatario[6]."

B. Definiciones de "parte ejecutante marítima" y "parte ejecutante no marítima"

4. El Grupo de Trabajo examinó en los párrafos 28 a 33 del documento A/CN.9/544 las propuestas de definición de los conceptos de "parte ejecutante marítima" y "parte ejecutante no marítima". En caso de que el Grupo de Trabajo decidiera, al término de sus deliberaciones, suprimir el concepto de "partes ejecutantes marítimas" en la definición de "parte ejecutante" del apartado e) del proyecto de artículo 1, enunciado en el párrafo 3 *supra*, habría que modificar ligeramente la definición tal como se enuncia más abajo, y, teniendo en cuenta las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones, los textos revisados de las definiciones provisionales propuestas de "parte ejecutante marítima" y "parte ejecutante no marítima" dirían lo siguiente[7]:

"e) Por 'parte ejecutante' se entenderá una persona que no sea el porteador, que ejecute físicamente o que se comprometa a ejecutar alguna de las obligaciones que tenga el porteador en virtud de un contrato de transporte, entre otras, el transporte en sí, la manipulación, la custodia o el almacenamiento de las mercancías, en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a petición del porteador o bajo la supervisión o el control de éste. La expresión 'parte ejecutante' engloba a las partes ejecutantes marítimas y a las partes ejecutantes no marítimas, conforme se definen en los apartados f) y g) del presente artículo, pero[8] no incluye a las personas que hayan sido contratadas por un cargador o por un consignatario, o que sean empleadas, agentes, contratistas o subcontratistas de una persona (que no sea el porteador) que hayan sido contratadas por un cargador o por un consignatario.

---

[5] En el párrafo 41 del documento A/CN.9/544 se ponía de relieve que los empleados y los agentes no deberían figurar en la definición como partes ejecutantes.

[6] Como se observaba en el párrafo 41 del documento A/CN.9/544, si el Grupo de Trabajo decidía excluir a las partes ejecutantes no marítimas del ámbito del proyecto de instrumento, en esta definición general del apartado e) del artículo 1 deberían figurar palabras del tenor de la definición propuesta en el párrafo 4 *infra*, que incluía a las partes ejecutantes tanto marítimas como no marítimas.

[7] Como se señalaba en el párrafo 31 del documento A/CN.9/544, las delegaciones consideraron de modo general que las definiciones propuestas constituían una buena base para proseguir las deliberaciones sobre el modo de definir los conceptos de "parte ejecutante marítima" y "parte ejecutante no marítima", y que el criterio geográfico seguido en la definición era apropiado. Se observó también en el mismo párrafo que, a juzgar por la experiencia registrada en el derecho interno de algunos Estados, la aplicación del criterio geográfico (aunque fuera generalmente apropiado) podría generar muchos litigios.

[8] Las palabras "engloba a las partes ejecutantes marítimas y a las partes ejecutantes no marítimas conforme se definen en los apartados f) y g) del presente artículo, pero" se han insertado en la definición general de "parte ejecutante" con objeto de poder excluir a las partes ejecutantes no marítimas. Véase la nota 6 *supra*.

f) Por 'parte ejecutante marítima' se entenderá la parte ejecutante que cumpla alguna de las obligaciones del porteador durante el período que medie entre la llegada de las mercancías al puerto de carga [o, en caso de transbordo, al primer puerto de carga] y su salida del puerto de descarga [o del último puerto de descarga, según corresponda][9]. No se considerarán partes ejecutantes marítimas las partes ejecutantes que cumplan alguna de las obligaciones del porteador por vía terrestre durante el período que medie entre la salida de las mercancías de un puerto y su llegada a otro puerto de carga.

g) Por 'parte ejecutante no marítima' se entenderá la parte ejecutante que cumpla alguna de las obligaciones del porteador antes de la llegada de las mercancías al puerto de carga o después de la salida de las mercancías del puerto de descarga[10]."

III. Ámbito de aplicación y posibilidad o imposibilidad de determinar el tramo en que se haya producido un daño (párrafo 2 del proyecto de artículo 18)

5. Conforme a lo expuesto en los párrafos 43 a 50 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo examinó el texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 18. Según se señalaba en el párrafo 50[11] de dicho documento, el Grupo de Trabajo consideró apropiado mantener el párrafo 2 entre corchetes hasta que el Grupo de Trabajo adoptara una decisión sobre el límite de la responsabilidad enunciado en el párrafo 1 del proyecto de artículo 18. Por consiguiente, el texto provisional del párrafo 2 del proyecto de artículo 18 continuaría siendo el siguiente:

---

[9] Tal como se observaba en el párrafo 31 del documento A/CN.9/544, recibió apoyo la sugerencia de que los movimientos terrestres realizados en las instalaciones portuarias (por ejemplo, el desplazamiento de un camión de un muelle a otro) quedaran englobados por la definición de parte ejecutante marítima, pero, según la opinión de muchas delegaciones, los desplazamientos entre dos puertos distintos deberían figurar entre las funciones de las partes ejecutantes no marítimas. Para poner de relieve ese matiz, cabría insertar en el texto las palabras ", incluidos los desplazamientos terrestres realizados dentro de un mismo recinto portuario". Además, en ese mismo párrafo 31 del documento A/CN.9/544, se sugirió que se considerara parte ejecutante no marítima todo porteador ferroviario, aunque transportara mercancías dentro de un mismo recinto portuario. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar esta sugerencia.

[10] En el párrafo 33 del documento A/CN.9/544 se señalaba la duda expresada por algunas delegaciones respecto a la conveniencia de que la definición regulara la actuación de partes ejecutantes en Estados no contratantes. Se sugirió que esta cuestión se tratara ulteriormente, cuando se tuviera una visión general del convenio, teniendo en cuenta, en su caso, los problemas indicados que pudieran plantear cuestiones como la elección del foro más conveniente y la ejecución de fallos judiciales extranjeros.

[11] En el párrafo 50 del documento A/CN.9/544 se señalaba que el Grupo de Trabajo había tomado nota de que el número de delegaciones partidarias de suprimir el párrafo 2 del artículo 18 en su totalidad era prácticamente igual al de las que se mostraban favorables a mantener el párrafo en el texto. Las delegaciones partidarias de la supresión del párrafo defendían sus tesis con vigor. En cambio, algunas de las que propugnaban mantener esa disposición en el texto tenían posturas más matizadas. El Grupo de Trabajo consideró apropiado mantener el párrafo 2 entre corchetes hasta que el Grupo de Trabajo adoptara una decisión sobre el límite de la responsabilidad enunciado en el párrafo 1 del proyecto de artículo 18.

"[2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, cuando el porteador no pueda determinar si las mercancías se perdieron o resultaron dañadas durante el transporte marítimo o durante la etapa de transporte anterior o posterior al tramo marítimo, se aplicará el máximo límite de responsabilidad previsto en las disposiciones imperativas internacionales y nacionales que rijan los distintos tramos del transporte.][12]"

IV. Ámbito de aplicación: definición del contrato de transporte y regulación del tramo marítimo (proyectos de artículo 1 a) y 2)

6. Tal como se reseña en los párrafos 51 a 84 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo examinó el texto de los proyectos de artículo 1 a) y 2. La versión revisada provisional de los proyectos de artículo 1 a) y 2[13], preparada teniendo en cuenta las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones, dice lo siguiente:

"Artículo 1. Definiciones

A los efectos del presente instrumento:

a)[14] Por 'contrato de transporte' se entenderá un contrato en virtud del cual un porteador, contra pago del flete, se comprometa a transportar

[12] Como se señalaba en los párrafos 47 y 50 del documento A/CN.9/544, las delegaciones que apoyaron la supresión del párrafo 2 del artículo 18 lo hicieron con vehemencia. En cambio, algunas de las delegaciones partidarias de mantener por el momento la disposición en el texto matizaron sus posturas. Tal como se indicaba en el párrafo 46 del mismo documento, se sugirió un cambio de redacción consistente en sustituir las palabras "disposiciones imperativas internacionales y nacionales" por las palabras "disposiciones imperativas internacionales o nacionales". Otra mejora sugerida consistía en que se mantuviera el párrafo 2 entre corchetes hasta que se fijaran los límites de responsabilidad en el párrafo 1, pero colocando entre corchetes las palabras "disposiciones imperativas [...] y nacionales", a fin de que reflejara el texto actual del artículo 8. Se sugirió además la posibilidad de establecer, en el párrafo 1 del artículo 18, un límite explícito de la responsabilidad por todo daño ubicable en algún tramo del proyecto y de fijar, al mismo tiempo, en el párrafo 2, un segundo límite de la responsabilidad para cuando no pueda determinarse el tramo del transporte en el que se haya producido el daño, pero omitiendo toda referencia a otros límites de la responsabilidad establecidos por otras disposiciones imperativas de carácter internacional y nacional.

[13] Tal como se señalaba en el párrafo 67 del documento A/CN.9/544, la mayoría de las delegaciones que asistían al Grupo de Trabajo estimaron que deberían suprimirse de la futura versión revisada del proyecto de instrumento las variantes A, B y C del proyecto de artículo 2 1), que figuraban en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32. Además, tal como se indicaba en el párrafo 74 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo decidió retener la "segunda propuesta" de proyectos de artículo 1 y 2 1) para seguir examinándola en un futuro período de sesiones.

[14] Como se indicaba en el párrafo 75 del documento A/CN.9/544, se propuso una variante del proyecto de artículo 1 a), cuyo texto sería el siguiente:

"Por 'contrato de transporte' se entenderá un contrato en virtud del cual un porteador, contra pago del flete, se comprometa a transportar mercancías de un lugar situado en un Estado a otro lugar situado en otro Estado si

i) en dicho contrato se estipula el compromiso de transportar las mercancías por mar desde un lugar situado en un Estado a otro lugar situado en otro Estado; o si

mercancías por mar de un lugar[15] situado en un Estado a otro lugar situado en otro Estado, y en virtud del cual dicho porteador pueda comprometerse también a transportar mercancías por otros medios antes o después del transporte por mar[16].

Artículo 2. Ámbito de aplicación

1. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3, el presente instrumento se aplicará a todos los contratos de transporte si

a) el lugar de recepción [o el puerto de carga] especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante,

b) el lugar de entrega [o el puerto de descarga] especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante,

c) [el lugar en que se realiza efectivamente la entrega es uno de los lugares facultativos de entrega especificados en el contrato de transporte o en los datos del contrato y si dicho lugar está situado en un Estado Contratante, o si][17]

d)[18] el contrato de transporte estipula que se regirá por el presente instrumento o por la legislación de cualquier Estado que le dé efecto[19].

[1 bis. Se considerará un contrato de transporte en el sentido del apartado a) del artículo 1 todo contrato que prevea la opción de transportar las

---

ii) el porteador puede cumplir el contrato, al menos en parte, transportando las mercancías por mar desde un lugar situado en un Estado a otro lugar situado en otro Estado, y si las mercancías se transportan efectivamente de tal modo.

Además, un contrato de transporte podrá estipular también el compromiso de transportar mercancías por otros medios antes o después del transporte internacional por mar".

[15] Como se observaba en el párrafo 69 del documento A/CN.9/544, ante las dificultades que posiblemente plantearía la definición del concepto de "puerto", prevaleció la opinión de que era preferible emplear la palabra "lugar", que era más neutral, dado que todo el proyecto de disposición ya giraba en torno al transporte marítimo.

[16] Como se señalaba también en el párrafo 69 del documento A/CN.9/544, y con miras a armonizar el texto con la última frase de la variante propuesta en el párrafo 75 de dicho documento (véase también la nota 14 *supra*), se sugirió que la segunda frase del inciso i) dijera lo siguiente: "Además, tal contrato de transporte podrá estipular también el compromiso de dicho porteador de transportar las mercancías por otros medios antes o después del transporte internacional por mar".

[17] Como se indicaba en el párrafo 59 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo decidió mantener ese texto entre corchetes para volver a examinarlo en un futuro período de sesiones.

[18] Como se indicaba en el párrafo 58 del documento A/CN.9/544, la mayoría de las delegaciones propugnó la supresión del apartado d) que figuraba en las variantes A, B y C del proyecto de artículo 2 1) del documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

[19] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la sugerencia (expuesta en el párrafo 60 del documento A/CN.9/544) de suprimir, al principio del apartado d), las palabras "el contrato de transporte" por las palabras "el contrato de transporte o cualquier contrato conexo" o por las palabras "el contrato de transporte o cualquier otro contrato relacionado con la ejecución del contrato de transporte".

mercancías por mar, siempre y cuando las mercancías se transporten efectivamente por mar.][20]

2. El presente instrumento se aplicará independientemente de la nacionalidad del buque, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del consignatario o de cualquier otra parte interesada[21].

3. El presente instrumento no se aplicará a los contratos de fletamento [contratos de flete, contratos de volumen, o acuerdos análogos][22].

---

[20] Como se señalaba en el párrafo 74 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo decidió retener la segunda propuesta de proyectos de artículo 1 a) y 2, párrafo 1, tal como figuraban en el párrafo 68 de dicho documento, para seguir examinándolos en un futuro período de sesiones, a reserva de que el inciso ii), que figuraba entre corchetes, se separara de la definición de "contrato de transporte" del proyecto de artículo 1 a) y se trasladara a otra disposición del proyecto de instrumento. Este inciso ii) se ha insertado en el proyecto de artículo 2 como párrafo 1 bis. Si bien se expresaron opiniones divergentes sobre si debería o no suprimirse ese inciso (véase A/CN.9/544, párr. 72) o si debería perfeccionarse (ibíd., párr. 71), según la opinión general, reflejada en el párrafo 73 del citado documento, si bien el texto de ese inciso podría requerir cambios sustanciales, se estimó también que el proyecto de instrumento debería regular el supuesto en que el contrato no estipulara ningún modo de transporte concreto. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la sugerencia de seguir el enfoque adoptado en el párrafo 4 del artículo 18 del Convenio de Montreal, cuyo texto dice lo siguiente: "El período del transporte aéreo no comprende ningún transporte terrestre, marítimo ni por aguas interiores efectuado fuera de un aeropuerto. Sin embargo, cuando dicho transporte se efectúe durante la ejecución de un contrato de transporte aéreo, para fines de carga, entrega o transbordo, se presumirá, salvo prueba en contrario, que todo daño es resultado de un hecho ocurrido durante el transporte aéreo. Cuando un transportista, sin el consentimiento del expedidor, reemplace total o parcialmente el transporte previsto en el acuerdo entre las partes como transporte aéreo por otro modo de transporte, el transporte efectuado por otro modo se considerará comprendido en el período de transporte aéreo".

[21] Conforme se indicaba en el párrafo 76 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido del párrafo 2 era en general aceptable.

[22] Si bien un amplio número de delegaciones en el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/544, párr. 77) consideró que ciertos tipos de contratos no deberían estar sujetos en modo alguno al régimen del futuro instrumento, o que sólo deberían entrar en su ámbito de aplicación con carácter de instrumento no imperativo y supletorio, como los contratos que, en la práctica, eran objeto de una negociación detenida o detallada entre el cargador y el porteador, hubo divergencias sobre la técnica legislativa más idónea para excluir del instrumento los contratos que no debieran estar sujetos imperativamente a su régimen (véase A/CN.9/544, párr. 78). Una delegación consideró que esos contratos no deberían regularse en el proyecto de artículo 2 sino en el marco del capítulo 19, relativo a la autonomía contractual, donde cabría agregar una referencia a los "acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA)", descritos en el documento A/CN.9/WG.III/WP.34, y para los cuales se proponía una definición en el párrafo 78 del documento A/CN.9/544. Según otra delegación, debería suprimirse el párrafo 3 y regularse la cuestión en las disposiciones del proyecto de instrumento relativas a la autonomía contractual (véase A/CN.9/544, párr. 79), mientras que otra delegación estimó que, en vez de enumerar los tipos de contratos a los que no sería aplicable el proyecto de instrumento, tal vez sería más fácil definir los supuestos en que no convendría que el proyecto de instrumento fuera imperativamente aplicable (véase A/CN.9/544, párr. 80). Si bien se pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado de esa disposición, con posibles variantes, el Grupo de Trabajo tal vez desee deliberar más detenidamente sobre la cuestión con miras a aclararla, por ejemplo, planteándose si el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento debería definirse en función de los tipos de documentos de transporte sujetos a su régimen imperativo o si debería estar en función del contrato de transporte o del tipo de comercio al que se pretendía que fuera imperativamente aplicable el instrumento.

4. No obstante lo dispuesto en el párrafo 3, si un título de transporte negociable o un documento electrónico negociable se emite de conformidad con un contrato de fletamento [contrato de flete, contrato de volumen o acuerdo análogo], las disposiciones del presente instrumento se aplicarán al contrato probado por dicho título o por dicho documento electrónico o al contrato consignado en ellos, a partir del momento y en la medida en que el título o el documento electrónico rijan las relaciones entre el porteador y un tenedor que no sea el fletador[23].

5. Si un contrato prevé el transporte futuro de mercancías en una serie sucesiva de remesas, el presente instrumento se aplicará a cada una de esas remesas en la medida en que así se especifique en los párrafos 1, 2, 3 y 4[24]."

V. Exenciones de responsabilidad, error o falta de navegación, y carga de la prueba (proyecto de artículo 14)

A. Proyecto de artículo 14

7. Tal como se indicaba en los párrafos 85 a 144 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 14. La versión revisada provisional de este proyecto de artículo que se ha preparado teniendo en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones es la siguiente[25]:

"Artículo 14. Base de la responsabilidad

1. El porteador será responsable de la pérdida derivada de la pérdida de las mercancías o del daño sufrido por ellas, así como del retraso en su entrega, si el [demandante][26] demuestra que:

[23] Como se señalaba en el párrafo 83 del documento A/CN.9/544, a reserva de que se reconsiderara la ubicación actual del párrafo 4 una vez examinado el capítulo 19, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido de este proyecto de disposición era en general aceptable. Se decidió mantener entre corchetes, para futuras deliberaciones, las palabras "[contrato de flete, contrato de volumen o acuerdo análogo]".

[24] Tal como se señalaba en el párrafo 84 del documento A/CN.9/544, a reserva de que se reconsiderara la ubicación del párrafo 4 una vez examinado el capítulo 19, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido de este proyecto de disposición era en general aceptable. Además, si se decide mantener el párrafo 1 bis en el presente artículo, al final del párrafo 5 debería agregarse, junto a las referencias a los otros párrafos, una referencia al párrafo 1 bis.

[25] Tal como se señalaba en el párrafo 110 del documento A/CN.9/544, recibió un apoyo unánime la sugerencia de que la futura labor sobre el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 se basara en la tercera revisión (con respecto a los párrafos 2 y 4; véase A/CN.9/544, párr. 108) y en la segunda revisión (con respecto al resto del proyecto de artículo 14; véase A/CN.9/544, párr. 101), a reserva de los cambios suplementarios de redacción sugeridos que se exponían en los párrafos 85 a 144.

[26] Tal como se sugería en los párrafos 105 y 133 del documento A/CN.9/544, se ha sustituido el término "cargador" por "demandante". Sin embargo, tal vez el Grupo de Trabajo desee plantearse la conveniencia de insertar una definición de "demandante" en el proyecto de artículo 63 del proyecto de instrumento cuando examine dicha disposición.

a) la pérdida, el daño o el retraso; o

b) el hecho que causó la pérdida el daño o el retraso [o que contribuyó a uno de esos percances]

se produjo durante el período de responsabilidad del porteador según se definen en el capítulo 3, a menos que [y siempre y cuando] el porteador demuestre que lo que haya causado la pérdida, el daño o el retraso [o que haya contribuido a tales hechos] no es culpa suya ni de ninguna otra persona mencionada en el artículo 14 bis[27].

2.[28] Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3[29], si [y en la medida en que][30] el porteador, en vez de tener que probar que está exento de culpa, como se dispone en el párrafo 1[31], demuestra que la pérdida, el daño o el retraso se produjeron a causa de uno de los siguientes hechos:

... *[insértense aquí los "peligros exceptuados"; véase la sección B* infra*]*

En tales supuestos, el porteador será considerado responsable de tal pérdida, daño o retraso[32] cuando [y en la medida en que][33] el demandante demuestre que:

i) el porteador o una persona mencionada en el artículo 14 bis causaron el hecho que el porteador invoca en virtud del presente párrafo [o contribuyeron a tal hecho]; o que

ii) un hecho que no sea ninguno de los enumerados en el presente párrafo[34] contribuyó a la pérdida, al daño o al retraso. En tal caso, la

---

[27] Remisión al párrafo 3 del proyecto de artículo 15, que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32, que el Grupo de Trabajo decidió disgregar del artículo 15 convirtiéndolo en un artículo independiente, antepuesto a dicho artículo, que sería provisionalmente el artículo 14 bis. Véanse el párrafo 167 del documento A/CN.9/544, así como las deliberaciones sobre el párrafo 3 del proyecto de artículo 15, que se resumen en los párrafos 166 a 170.

[28] Como se señalaba en el párrafo 115 del documento A/CN.9/544, los diversos cambios introducidos en esta disposición podían haber restado claridad a las disposiciones de prueba en contrario, enunciadas en los incisos i) y ii) del párrafo 2, y se sugirió dividir el párrafo 2 en dos frases con miras a aclarar ese posible problema. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la aclaración propuesta.

[29] Se han agregado al párrafo las palabras "sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3" con el fin de aclarar la relación entre los párrafos 2 y 3, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo, que se exponía en el párrafo 112 del documento A/CN.9/544.

[30] Se han agregado también al párrafo las palabras "[y en la medida en que]", conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo, que se reseñaba en el párrafo 112 del documento A/CN.9/544.

[31] Se han mantenido las palabras ", en vez de tener que probar que está exento de culpa, como se dispone en el párrafo 1", suprimiendo los corchetes, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo, que se exponía en el párrafo 113 del documento A/CN.9/544.

[32] Como se indicaba en el párrafo 113 del documento A/CN.9/544, se sugirió sustituir las palabras "en tales supuestos será responsable" por las palabras "en tales supuestos, la responsabilidad del porteador se mantendrá o continuará", o por "en tales supuestos, el porteador será considerado responsable de tal pérdida, daño o retraso".

[33] Conforme a lo decidido por el Grupo de Trabajo, reseñado en el párrafo 112 del documento A/CN.9/544, se ha suprimido la palabra "sólo" y, después de la palabra "cuando", se han agregado las palabras "[y en la medida en que]".

responsabilidad se determinará[35] de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1[36].

3. En la medida en que el [demandante][37] demuestre [que se produjeron] [que la pérdida, el daño o el retraso fueron causados por] [que la pérdida, el daño o el retraso podrían haber sido causados por][38] los siguientes hechos:

i) las deficientes condiciones de navegabilidad del buque;

ii) las deficiencias en la dotación de tripulación, en el equipamiento y en el avituallamiento del buque; o

iii) el hecho de que la bodega u otras partes del buque en que se coloquen las mercancías (incluidos los contenedores en los cuales o sobre los cuales se transporten las mercancías, cuando los suministre el porteador) no sean aptas ni seguras para la recepción, el transporte y la preservación de las mercancías;

en tales supuestos, el porteador será[39] responsable con arreglo al párrafo 1, salvo si demuestra que:

a) cumplió su deber de obrar con la diligencia debida; como se le exige en el párrafo 1 del artículo 13. [; o que

b) la pérdida, el daño o el retraso no fueron causados por ninguna de las circunstancias [40] mencionadas en los incisos i), ii), y iii) *supra*.][41]

---

[34] Como se señalaba en el párrafo 111 del documento A/CN.9/544, se sugirió que, a fin de evitar que el texto del inciso ii) diera a entender que el cargador o el demandante debían probar la causa suplementaria de la pérdida y demostrar que dicha causa no quedaba comprendida en la lista de "peligros exceptuados" a los que se hacía referencia en el inciso ii) del párrafo 2, se insertara, en el inciso i), después de las palabras "un hecho que no sea ninguno de los enumerados en el presente párrafo", la frase "que invoque el porteador". El Grupo tal vez desee estudiar si es conveniente agregar esas palabras al texto.

[35] Para dar una mayor precisión al inciso ii), en la versión inglesa se ha sustituido la palabra "assessed" por "determined".

[36] Tal como se señalaba en el párrafo 114 del documento A/CN.9/544, a fin de poner de manifiesto el acuerdo general entre las delegaciones de que cuando el cargador o el demandante demostraran que el daño era imputable al porteador, pero por una causa no enumerada en la lista de "peligros exceptuados", a la que se hacía referencia en el inciso ii), debería poderse invocar la regla del párrafo 1, se ha agregado, al final del inciso ii), la siguiente frase: "En tal caso, la responsabilidad se determinará de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1".

[37] Véase la nota 26 *supra*.

[38] Como se observaba en el párrafo 132 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo consideró que debería mantenerse el texto con sus dos variantes para que pudiera volver a examinarse y pudieran celebrarse consultas antes de adoptar una decisión al respecto. Se estimó que tal vez convendría examinar más detenidamente el concepto de la probabilidad de que alguno de los hechos mencionados en los incisos i), ii) o iii) hayan sido la causa de la pérdida, del daño o del retraso, y que cabría formular una tercera variante consistente en las palabras "[que la pérdida, el daño o el retraso podrían haber sido causados por]".

[39] Como se señalaba en el párrafo 103 del documento A/CN.9/544, se comentó, respecto del enunciado del artículo revisado, que en la versión inglesa de todo el artículo se empleaba tanto el futuro como el presente al hablar de la responsabilidad del porteador ("shall be liable" y "is liable"), por lo que convendría armonizar los tiempos en aras de la coherencia.

4. En todo supuesto en que la falta del porteador o de una persona mencionada en el artículo 14 bis haya contribuido a la pérdida, al daño o al retraso, junto con otras causas concurrentes de las que el porteador no sea responsable, [se] [el tribunal] determinará la cuantía de la indemnización a cargo del porteador, sin perjuicio del derecho de éste a limitar su responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 18, en función del grado en que la causa que le sea imputable haya contribuido a la pérdida, al daño o al retraso. [El tribunal sólo podrá distribuir por partes iguales la responsabilidad si no consigue determinar con exactitud el grado en que cada causa ha contribuido a la pérdida, al daño o al retraso, o si determina que el grado de culpa es efectivamente imputable a todas las causas por igual.][42]"

B. Los "peligros exceptuados"

8. Según se informaba en los párrafos 117 a 129 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo examinó el texto de los "peligros exceptuados", que figuraba en el proyecto de artículo 14 del documento A/CN.9/WG.III/WP.32. La lista provisional revisada que se ha preparado teniendo en cuenta las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones, es la siguiente:

---

[40] Con miras a dar al texto una mayor claridad, se sugirió que, en vez de la palabra "hechos", se empleara el concepto más amplio de "circunstancias", o también "incidencias" o "eventualidades".

[41] El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la propuesta de reestructuración del párrafo 3, de la que tomó nota en el párrafo 134 del documento A/CN.9/544 y cuyo texto era el siguiente:

"3. El porteador no será responsable de la pérdida, del daño o del retraso resultante de las deficiencias de navegabilidad del buque [alegadas] [probadas] por el demandante, en la medida en que el porteador demuestre que

a) cumplió su deber de obrar con la diligencia debida, como se le exige en el artículo 13.1 [; o que

b) la pérdida, el daño o el retraso no fueron causados por ninguno de los hechos enunciados en los incisos i), ii) y iii) *supra*.]."

[42] Como se señalaba en el párrafo 143 del documento A/CN.9/544, una propuesta que fue objeto de amplia aceptación fue la de agregar entre corchetes la última frase que se había propuesto en la segunda revisión, que era la siguiente: "[El tribunal sólo podrá distribuir por partes iguales la responsabilidad si no consigue determinar con exactitud el grado en que cada causa ha contribuido a la pérdida, al daño o al retraso, o si determina que el grado de culpa es efectivamente imputable a todas las causas por igual]". Según la opinión de muchas delegaciones, ese texto podría servir de base para ulteriores deliberaciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar detenidamente otra variante que se propuso y de la que tomó nota, cuya finalidad era tener en cuenta el supuesto abordado en el inciso ii) del párrafo 2, es decir, el caso en que el daño no obedeciera realmente a una falta. El texto de esta variante era el siguiente:

"4. En caso de que la falta del porteador o de una persona mencionada en el artículo 14 bis [o un hecho que no sea el que invoque el porteador] haya contribuido a la pérdida, al daño o al retraso, y cuando estos hechos obedezcan también a causas concurrentes de las que el porteador no sea responsable, [se determinará] [el tribunal determinará] la cuantía de la indemnización a cargo del porteador, sin perjuicio del derecho de éste a limitar su responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 18, en función del grado en que la pérdida, el daño o el retraso sean imputables a dicha falta [o a tal hecho]."

"a) [Fuerza mayor][43], guerra, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo[44], motines y tumultos civiles[45];

b) restricciones de cuarentena; injerencia de gobiernos, autoridades públicas, dirigentes[46] o particulares [incluida la injerencia mediante incoación de un proceso judicial o mediante los efectos de tal proceso][47] o impedimentos creados por tales autoridades o personas;

c) acto u omisión del porteador, de la parte controladora o del consignatario;

d) huelgas, cierre patronal, interrupción del trabajo o reducción voluntaria del ritmo laboral[48];

e) pérdida de volumen o peso o cualquier otra pérdida o daño que se deba a la calidad, a un defecto o a una tara inherentes a las mercancías;

f) insuficiencia o estado defectuoso del embalaje o del marcado[49];

g) defectos ocultos del buque[50] que no puedan descubrirse actuando con la diligencia debida [51];

---

[43] Tal como se señalaba en el párrafo 120 del documento A/CN.9/544, hubo en el Grupo de Trabajo un gran número de delegaciones que propugnaron el mantenimiento de la excepción por "fuerza mayor".

[44] Tal como se observaba en el párrafo 121 del documento A/CN.9/544, según la opinión general de las delegaciones, la piratería y el terrorismo deberían figurar en la lista.

[45] Tal como se señalaba en el párrafo 125 del documento A/CN.9/544, se sugirió que se ampliara el alcance de los apartados a) y b) insertando al final de cada uno las palabras "y todo otro hecho que no sea culpa del porteador". El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar esa sugerencia.

[46] Como se observaba en el párrafo 125 del documento A/CN.9/544, se cuestionó el empleo de la palabra "rulers" ("dirigentes" o gobernantes) por estimarse que era un término que carecía de sentido en la realidad política actual. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar esa cuestión en ulteriores deliberaciones.

[47] Como se señalaba en el párrafo 122 del documento A/CN.9/544, se apoyó la sugerencia de que se suprimieran los corchetes y que las palabras que contenían se incorporaran al texto, pero una delegación se preguntó si las palabras "incluida la injerencia mediante incoación de un proceso judicial o mediante los efectos de tal proceso" podían englobar el supuesto en que un demandante obtuviera el embargo preventivo de un buque. Se hizo una sugerencia para aclarar el sentido de las palabras citadas, consistente en que se reintrodujera el texto del artículo IV.2.g de las Reglas de La Haya y de las Reglas de La Haya-Visby, en virtud del cual todo embargo dictado a raíz de un proceso judicial excluía claramente el embargo preventivo de un buque. Véase asimismo la sugerencia que figura en la nota 45 de pie de página *supra*.

[48] Como se señalaba en el párrafo 123 de documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que en este apartado tal vez cabría hacer una distinción entre las huelgas generales y las huelgas realizadas en la empresa del porteador respecto de las cuales éste pudiera tener cierta responsabilidad. Además, tal como se indicaba en el párrafo 125 del documento A/CN.9/544, se expresaron dudas respecto del significado exacto de la expresión "reducción voluntaria del ritmo laboral". El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar más a fondo esas cuestiones.

[49] Como se señalaba en el párrafo 125 del documento A/CN.9/544, se propuso que se especificara que el embalaje o el marcado deficientes "fueran obra del cargador". El Grupo de Trabajo tal vez desee también ocuparse más detenidamente de esa sugerencia.

[50] Como se observaba en el párrafo 125 del documento A/CN./544, algunas delegaciones se adhirieron a la opinión de que en este apartado debería puntualizarse que los defectos ocultos mencionados eran defectos del buque.

h) manipulación, carga, estibado o descarga de las mercancías por el cargador[52], la parte controladora o el consignatario, o en su nombre;

i) actos del porteador o de una parte ejecutante realizados de conformidad con las facultades conferidas por los artículos 12 y 13.2, cuando las mercancías se hayan convertido en un peligro para la seguridad de las personas, para los bienes o para el medio ambiente, o cuando hayan sido sacrificadas;

j) cualquier otra causa no imputable a una verdadera culpa o al conocimiento del porteador ni a una verdadera culpa o negligencia de los agentes o empleados del porteador, aunque se impondrá la carga de la prueba a la persona que aspire a beneficiarse de esta excepción, la cual deberá demostrar que ni el porteador, con una verdadera culpa o con su conocimiento, ni los agentes o empleados de éste, con su falta o negligencia, contribuyeron a la pérdida o al daño.[53]"

9. Tal como se señalaba en el párrafo 117 del documento A/CN.9/544, en el Grupo de Trabajo se apoyó la sugerencia de que las dos excepciones al criterio general de la inclusión en el proyecto de instrumento de la lista de peligros desde la letra *c* hasta la letra *q* del artículo IV.2 de las Reglas de La Haya y de las Reglas de La Haya-Visby fueran la supresión de la excepción prevista en la letra *a* del artículo IV.2 (error de navegación) y la reelaboración del texto de la letra *b* del mismo artículo (excepción por incendio), para que quedara claro que la aplicación de la lista se limitaba al tramo marítimo del transporte. Como se observaba en el párrafo 128 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo convino en dejar en el proyecto de artículo 22 del capítulo 6 del proyecto de instrumento (véase A/CN.9/WG.III/WP.32) la excepción por incendio y la excepción ahora suprimida por error de navegación, y en separar ambas excepciones de la lista de "peligros exceptuados", del proyecto de artículo 14, a fin de examinar más adelante cuál sería el lugar más adecuado para insertarlas en el proyecto de instrumento. El texto de la excepción por incendio en las variantes A y B del proyecto de artículo 22 seguirá siendo el texto actual, que dice lo siguiente:

---

[51] Como se indicaba en el párrafo 125 del documento A/CN.9/544, se estimó que si se empleaba la expresión "diligencia debida" en otras disposiciones, por ejemplo, en el proyecto de artículo 13, en aras de la coherencia, esas palabras deberían repetirse en el presente apartado.

[52] Como se señalaba en el párrafo 125 del documento A/CN.9/544, se consideró que en el presente apartado deberían suprimirse las palabras "o en su nombre" ("or on behalf of the shipper"), porque podían crear confusión. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar más detenidamente esta sugerencia.

[53] Este texto se basa en el del artículo IV.2.q de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby, que se han insertado en el texto con miras a ulteriores deliberaciones. Tal como se señalaba en los párrafos 117 y 129 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo convino en que la lista de "peligros exceptuados" debería figurar en el proyecto de instrumento, y en que el contenido de las excepciones debería inspirarse en las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby, incluido su artículo IV.2.q.

"Artículo 22. Responsabilidad del porteador

[...]

"un incendio en el buque, a menos que haya sido causado por culpa del porteador o con su conocimiento.[54]"

10. Tal como se señalaba en el párrafo 127 del documento A/CN.9/544, en el Grupo de Trabajo prevaleció la opinión de que debería mantenerse la supresión de la excepción por error de navegación, pero un gran número de delegaciones consideró también que esta decisión debería tenerse presente al examinar, en futuros debates, a qué parte debía imponerse la carga de la prueba.

VI. Obligaciones del porteador aplicables al viaje por mar (proyecto de artículo 13)

11. Tal como se reseñaba en los párrafos 145 a 157 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 13. La versión revisada provisional de dicho artículo, que se ha preparado teniendo en cuenta las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones, es la siguiente:

"Artículo 13. Obligaciones suplementarias aplicables al viaje por mar

1. El porteador deberá actuar con la diligencia debida antes y al principio del viaje por mar, y también durante el mismo[55], a fin de:

a) velar por las buenas condiciones de navegabilidad del buque y de mantenerla;

b) dotar debidamente al buque de tripulación[56], equipo y avituallamiento y mantener ese nivel de tripulación[57], equipamiento y avituallamiento durante todo el viaje[58];

---

[54] Como se señalaba en el párrafo 126 del documento A/CN.9/544, si bien se convino en mantener en el texto la excepción por incendio, en el Grupo de Trabajo se expresaron opiniones divergentes sobre cómo debía enunciarse esa excepción, por lo que se ha decidido reproducir sin cambios dicho texto.

[55] Como se señalaba en el párrafo 153 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo convino en que el deber del porteador de actuar con la diligencia debida para mantener las buenas condiciones de navegabilidad del buque fuera una obligación sin solución de continuidad y en que, por lo tanto, se suprimieran todos los corchetes en el párrafo 1 del proyecto de artículo 13, concretamente en las palabras ", y también durante el mismo" (párrafo 1), "y mantenerlas" (apartado a) del párrafo 1), e "y de que la bodega y esas otras partes del buque se mantienen en tales condiciones" (apartado c) del párrafo 1), y se incorporaran al texto, ya sin corchetes, todas esas palabras. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que, al dar a la obligación un carácter continuo, podía alterarse el equilibrio que establecía el proyecto de instrumento entre los riesgos del porteador y los del propietario de la carga, por lo que el Grupo de Trabajo debería tener presente ese riesgo al examinar el resto del instrumento.

[56] Como se indicaba en el párrafo 148 del documento A/CN.9/544, se sugirió que, en la versión en inglés, se estudiara la sustitución de las palabras "man... the ship" por palabras más neutrales, desde el punto de vista de la igualdad entre los sexos, como "crew" o "staff". El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar esa sugerencia.

[57] Ibíd.

c) cerciorarse de que la bodega y otras partes del buque en que se coloquen las mercancías, incluidos los contenedores en los cuales o sobre los cuales se transporten las mercancías, cuando los suministre el porteador, son aptas y seguras para la recepción, el transporte y la preservación de las mercancías, y de que la bodega y esas otras partes del buque se mantienen en tales condiciones.

[2. No obstante lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 13.1, el porteador podrá sacrificar mercancías cuando lo considere razonable para proteger la seguridad común, para proteger a personas de peligros[59] mortales o[60] para preservar otros bienes relacionados con la tarea común.][61]"

VII. Responsabilidad de las partes ejecutantes (proyecto de artículo 15)

12. Tal como se reseñaba en los párrafos 158 a 181 del documento A/AC.9/544, el Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 15. La versión provisional revisada de los proyectos de artículo 14 bis y 15, que se han preparado teniendo en cuenta las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones, es la siguiente:

---

[58] Como se observaba en el párrafo 153 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que introdujera los cambios necesarios en el apartado b) para que quedara claro que regulaba una obligación continua. Se ha estimado que agregando las palabras "durante todo el viaje" podía darse a la disposición ese sentido. Otra posibilidad consistiría en insertar, después de la palabra "debidamente", las palabras "y de forma continua".

[59] Como se señalaba en los párrafos 156 y 157 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara la sugerencia de insertar en ese párrafo una referencia a un posible peligro inminente, procurando, no obstante, no prejuzgar ni alterar las reglas relativas a la avería gruesa. Para armonizar el texto con la regla A de las Reglas de York-Amberes, se han sustituido las palabras "proteger vidas humanas" por las palabras "proteger a personas de peligros mortales".

[60] Como se indicaba en el párrafo 157 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que examinara la propuesta de incluir en el párrafo una referencia a la preservación de vidas humanas, por lo que se han agregado las palabras "proteger a personas de peligros mortales" antes de las palabras "o para preservar otros bienes".

[61] Como se observaba en el párrafo 157 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo decidió mantener entre corchetes el párrafo 2 del proyecto de artículo 13 en su ubicación actual, con miras a estudiar ulteriormente la posibilidad de trasladar esa disposición al capítulo 17, relativo a la avería gruesa.

"Artículo 14 bis[62].

A reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 15[63], el porteador será responsable de todos los actos y omisiones de

a) cualquier parte ejecutante,

b) cualquier otra persona, inclusive los subcontratistas, empleados[64] y agentes de una parte ejecutante, que ejecute o que se comprometa a ejecutar cualquiera de las obligaciones que tenga el porteador en virtud del contrato de transporte, en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a petición del porteador o bajo la supervisión o el control de éste, como si fueran actos u omisiones del propio porteador. En virtud de la presente disposición, el porteador sólo será responsable cuando el acto o la omisión de la persona de que se trate entre el ámbito de su contrato, de las funciones de su empleo o de su mandato de representación.

Artículo 15. Responsabilidad de las partes ejecutantes marítimas[65]

1[66]. Toda parte ejecutante marítima[67] quedará sujeta a las obligaciones y responsabilidades impuestas al porteador en virtud del presente instrumento, y tendrá derecho a ejercer los derechos y a disfrutar de las inmunidades que dicho instrumento confiere al porteador si el hecho a raíz del cual se haya

---

[62] Anteriormente párrafo 3 del proyecto de artículo 15, trasladado y convertido en artículo independiente, que se ha antepuesto provisionalmente al artículo 15 como "artículo 14 bis", conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo, como se explicaba en el párrafo 167 del documento A/CN.9/544.

[63] Como se señalaba en el párrafo 170 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo decidió mantener en el texto esas palabras del encabezamiento, si bien se sugirió que se sustituyeran por las palabras "A reserva de la responsabilidad y de las limitaciones de la responsabilidad del porteador", ya que el proyecto de artículo 14 bis (anteriormente párrafo 3 del proyecto de artículo 15) regulaba las acciones entabladas contra el porteador, mientras que el párrafo 4 del proyecto de artículo 15 (anteriormente párrafo 5 del proyecto de artículo 15) regulaba las acciones incoadas contra cualquier persona que no fuera el porteador.

[64] Como se indicaba en el párrafo 168 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo convino en que se agregara al texto del apartado b) la palabra "empleados", a fin de que el proyecto de artículo 14 bis reflejara los términos empleados en el párrafo 3 del proyecto de artículo 15 (anteriormente párrafo 4 del proyecto de artículo 15). Como también se señalaba en el párrafo 168, se observó, en cuanto a la redacción, que tal vez convendría estudiar más a fondo la posibilidad de tratar por separado la situación de los empleados (respecto de los cuales la responsabilidad del porteador contratante debería ser muy amplia) y la de los subcontratistas (respecto de los cuales la responsabilidad de aquél podría ser más limitada).

[65] Como se señalaba en el párrafo 159 del documento A/CN.9/544, se ha insertado en este artículo la palabra "marítimas", conforme a la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de que el título del proyecto de artículo se ajustara a su decisión de limitar el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 15 a las "partes ejecutantes marítimas", según se exponía en los párrafos 23 a 33 del documento A/CN.9/544.

[66] El párrafo 1 del proyecto de artículo 15 se basa en la variante A (extraída del documento A/CN.9/WG.III/WP.32), habida cuenta del amplio número de delegaciones que apoyó la variante A, tal como se indicaba en el párrafo 162 del documento A/CN.9/544.

[67] Como se señalaba en el párrafo 161 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo reiteró su entendimiento de que, en principio, el proyecto de instrumento no debería ocuparse de las partes ejecutantes no marítimas, por lo que el ámbito de aplicación del párrafo 1 debería limitarse a las partes ejecutantes marítimas. Se ha agregado al texto la palabra "marítima" para reflejar ese entendimiento.

producido la pérdida, el daño o el retraso ha tenido lugar[68] a) durante el período en el que dicha parte ejecutante haya tenido la custodia de las mercancías; y b) en cualquier otro momento, en la medida en que esté participando en la realización de cualquiera de las actividades previstas por el contrato de transporte.

2. Si el porteador conviene en asumir obligaciones diferentes de las que le impone el presente instrumento, o si conviene en que su responsabilidad por el retraso en la entrega de las mercancías, por su pérdida o por el daño sufrido por ellas, o su responsabilidad en relación con las mercancías, será superior a los límites fijados en los artículos 16.2, 24.4 y 18[69], una parte ejecutante marítima[70] no quedará obligada por ese acuerdo, a menos que la parte ejecutante marítima[71] convenga expresamente en aceptar dichas obligaciones o dichos límites.

3.[72] A reserva de lo dispuesto en el párrafo 4[73], toda parte ejecutante será responsable de los actos y omisiones de cualquier persona en la que haya delegado la ejecución de cualquiera de las obligaciones que tenga el porteador en virtud del contrato de transporte, incluidos sus subcontratistas, empleados y agentes, como si esos actos y esas omisiones fueran de la propia parte ejecutante. La parte ejecutante sólo será responsable en virtud de la presente disposición cuando el acto o la omisión de la persona de que se trate entre en el ámbito de su contrato, de las funciones de su empleo o de su mandato de representación[74].

---

[68] Como se observaba en el párrafo 162 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo convino en que se insertaran en el párrafo, antes del texto del apartado a), las palabras "si el hecho a raíz del cual se haya producido la pérdida, el daño o el retraso ha tenido lugar".

[69] Como se indicaba en el párrafo 165 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo tomó nota de la propuesta de limitar la referencia al proyecto de artículo 18, pues se sostuvo que si bien era aceptable remitir a los párrafos 1, 3 y 4 del proyecto de artículo 18, no debería hacerse remisión al párrafo 2 del mismo artículo, dado que la parte ejecutante no sería responsable cuando no pudiera determinarse el tramo en que se hubiera producido el daño. El Grupo de Trabajo decidió que tal vez convendría examinar esta sugerencia más detenidamente cuando se hubiera adoptado una decisión sobre la inclusión del párrafo 2 del proyecto de artículo 18 en el proyecto de instrumento.

[70] Como se observaba en el párrafo 163 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo convino en limitar el alcance del párrafo 2, de modo que sólo fuera aplicable a las partes ejecutantes marítimas.

[71] Ibíd.

[72] Esta disposición, que anteriormente era el párrafo 4, se ha renumerado y ha pasado a ser el párrafo 3, a raíz de la decisión de separar el párrafo 3 del proyecto de artículo 15 y de convertirlo en proyecto de artículo 14 bis.

[73] Esta disposición, que anteriormente era el párrafo 5, se ha renumerado y ha pasado a ser el párrafo 4, a raíz de la decisión de separar el párrafo 3 del proyecto de artículo 15 y de convertirlo en proyecto de artículo 14 bis.

[74] Como se señalaba en el párrafo 172 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo reafirmó su decisión conforme a la cual la estructura del presente párrafo debería reflejar el nuevo proyecto de artículo 14 bis, y tomó nota de las opiniones expresadas sobre la cuestión de si el párrafo 3 del proyecto de artículo 15 (anteriormente párrafo 4) debería regular la situación de las partes ejecutantes tanto marítimas como no marítimas para cuando se prosigan las deliberaciones en un futuro período de sesiones.

4.[75] Si se entabla una acción en virtud del presente instrumento[76] contra una persona [77], que no sea el porteador, mencionada en el artículo 14 bis[78] y en el párrafo 3[79] [, incluidos los empleados o agentes del porteador contratante o de una parte ejecutante marítima,][80], dicha persona tendrá derecho a beneficiarse de las excepciones y limitaciones de la responsabilidad de que goce el porteador en virtud del presente instrumento, si prueba que ha obrado en el marco de su contrato, de las funciones de su empleo o de su mandato de representación.

5.[81] Si la responsabilidad por la pérdida de las mercancías, por el daño sufrido por éstas o por el retraso en su entrega recae en más de una parte ejecutante marítima[82], esta responsabilidad será mancomunada y solidaria, pero quedará limitada por lo dispuesto en los artículos 16, 24 y 18.

---

[75] Esta disposición, que anteriormente era el párrafo 5, se ha renumerado y ha pasado a ser el párrafo 4, a raíz de la decisión de separar el párrafo 3 del proyecto de artículo 15 y de convertirlo en proyecto de artículo 14 bis.

[76] Como se indicaba en el párrafo 176 del documento A/CN.9/544, se sugirió que, en aras de la claridad, después de las palabras iniciales "Si se entabla una acción" se insertaran las palabras "en virtud del presente instrumento".

[77] Como se observaba en el párrafo 175 del documento A/CN.9/544, se pidió a la Secretaría que examinara la posibilidad de introducir en el texto una nueva variante que limitara el alcance del presente párrafo al ámbito marítimo. Se sugiere que, para lograrlo, se sustituya "persona" por "parte ejecutante marítima", tal como se había hecho en el párrafo 5 (anteriormente, párrafo 6).

[78] Esta disposición, que anteriormente era el párrafo 3 del proyecto de artículo 15, se ha renumerado, a raíz de la decisión de separar el párrafo 3 del proyecto de artículo 15 y de convertirlo en proyecto de artículo 14 *bis*.

[79] Esta disposición, que anteriormente era el párrafo 4 del proyecto de artículo 15, se ha renumerado, a raíz de la decisión de separar el párrafo 3 del proyecto de artículo 15 y de convertirlo en proyecto de artículo 14 *bis*.

[80] Como se señalaba en el párrafo 175 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo convino en que, como variante del texto actual del párrafo 4 (anteriormente, párrafo 5), con miras a la continuación de los debates en un futuro período de sesiones, se insertaran entre corchetes las palabras ", incluidos los empleados o agentes del porteador contratante o de una parte ejecutante marítima,". El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el siguiente texto simplificado de la frase inicial hasta las palabras "dicha persona": "Si se entabla una acción en virtud del presente instrumento contra una parte ejecutante marítima [, incluidos sus subcontratistas, empleados o agentes,], dicha persona ... ".

[81] Esta disposición, que anteriormente era el párrafo 6, se ha renumerado, pasando a ser el párrafo 5, a raíz de la decisión de separar el párrafo 3 del proyecto de artículo 15 y de convertirlo en proyecto de artículo 14 *bis*.

[82] Como se observaba en el párrafo 180 del documento A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo convino en limitar el alcance de este párrafo, de modo que sólo fuera aplicable a las partes ejecutantes marítimas, por lo que se ha sustituido la palabra "persona" por "parte ejecutante marítima". Se sugirió que, en el contexto del párrafo 6 (anteriormente, párrafo 7), se examinara más detenidamente la propuesta de simplificar el texto del párrafo 5 con palabras del siguiente tenor: "El porteador contratante y la parte ejecutante marítima tendrán una responsabilidad mancomunada y solidaria".

6.[83] Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19, la responsabilidad acumulada de todas esas personas no excederá de los límites generales de la responsabilidad enunciados en el presente instrumento.[84]"

[83] Esta disposición, que anteriormente era el párrafo 7, se ha renumerado, pasando a ser el párrafo 6, a raíz de la decisión de separar el párrafo 3 del proyecto de artículo 15, y de convertirlo en proyecto de artículo 14 bis.

[84] Como se señalaba en el párrafo 181 del documento A/CN.9/544, por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no pudo examinar este párrafo.

H. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 13º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Propuesta de China

(A/CN.9/WG.III/WP.37) [Original: chino e inglés]

En preparación del 13º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), durante el cual el Grupo de Trabajo proseguirá su lectura del proyecto de instrumento recogido en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32, el Gobierno de China presentó, el 29 de abril de 2004, el texto de una propuesta relativa al capítulo 19 del proyecto de instrumento y a la cuestión de la autonomía contractual de las partes. El texto de esa propuesta se adjunta a continuación como anexo de la presente nota tal como lo recibió la Secretaría.

Anexo

Propuesta de China relativa al capítulo 19 del proyecto de instrumento y a la cuestión de la autonomía contractual de las partes

presentada en Nueva York por la delegación
de China el 26 de abril de 2004

I. Antecedentes

1. Con la evolución del sector de los transportes marítimos, los regímenes imperativos enunciados en las Reglas de La Haya han quedado en cierto modo desfasados, y tampoco es conveniente ajustarse a las Reglas de Hamburgo.

2. En la práctica, las partes en operaciones de transporte raras veces celebran acuerdos por escrito para el transporte marítimo por servicios de línea y con frecuencia la única prueba del contrato de transporte es el conocimiento de embarque, la carta de porte marítimo u otros tipos de títulos de transporte que expide el porteador una vez recibidas las mercancías. Dado que el documento de transporte es redactado y emitido unilateralmente por el porteador, y dado que forma parte del contrato de adhesión, sería conveniente que el derecho del transporte limitara la autonomía contractual a este respecto.

3. No obstante, no sería apropiado que el derecho del transporte limitara la autonomía contractual respecto de todos los tipos de contratos celebrados para el transporte de mercancías por servicios de línea. Es un hecho que en la actualidad los titulares de derechos sobre la carga o las partes que actúan en nombre de éstos

pueden negociar en pie de igualdad con los porteadores muchas operaciones de comercio por servicios de línea, por ejemplo, las que se rigen por contratos de fletamento o por acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA). Por consiguiente, en tales circunstancias, el derecho que rige los transportes marítimos no debería seguir negando el principio de la autonomía contractual. La delegación de China ha tomado nota de la sugerencia formulada por los Estados Unidos en relación con los OLSA. Sin embargo, no cree que los acuerdos OLSA puedan englobar todos los tipos de contratos de transporte por servicios de línea que hayan sido libremente negociados; además, la definición del concepto de acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA) plantea muchos problemas.

4. Cabe señalar también que la póliza de fletamento por viaje forma parte de los contratos de transporte de mercancías por mar. Conviene asimismo tener presente que en la actualidad es frecuente que, mediante un acuerdo especial (como, por ejemplo, una cláusula fundamental), las pólizas de fletamento por viaje remitan a las Reglas de La Haya o a las Reglas de La Haya-Visby. Por lo tanto, la delegación de China considera lógico que el proyecto de instrumento rija también las pólizas de fletamento por viaje. De este modo se contribuiría además a dar una mayor uniformidad a las legislaciones sobre el transporte marítimo de mercancías, aunque fueran de carácter supletorio. Además, cabe mencionar que ese mismo principio viene enunciado en el Código Marítimo de China, cuyo capítulo IV ("Del contrato de transporte de mercancías por mar") rige no sólo los conocimientos de embarque sino también las pólizas de fletamento por viaje. Las disposiciones de dicho capítulo son imperativas respecto de los conocimientos de embarque o de otros títulos de transporte, pero no lo son respecto de las pólizas de fletamento por viaje, salvo en lo relativo al mantenimiento del buque en buenas condiciones de navegabilidad y a la obligación de atenerse exactamente a lo dispuesto. Los diez años de vigencia del Código Marítimo de China han demostrado la viabilidad de ese régimen y la conveniencia de seguir su pauta.

5. Así pues, conforme a la revisión propuesta por la delegación de China, convendría regular la aplicación del proyecto de instrumento en dos supuestos diferentes. Por una parte, las disposiciones del instrumento deberían considerarse imperativas cuando se basen en el concepto de "título de transporte" (incluidos los documentos electrónicos). Por otra parte, estas disposiciones no deberían ser imperativas cuando constituyan reglas supletorias respecto del concepto recientemente acuñado de "acuerdo libremente negociado", que puede abarcar las pólizas de fletamento por viaje, los contratos de flete, los contratos basados en el volumen de las mercancías, los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA) y otros contratos similares.

[6. A juicio de la delegación de China, la solución óptima consistiría en que el futuro instrumento rigiera también las pólizas de fletamento por viaje o los acuerdos similares. No obstante, si la mayoría de las delegaciones no comparte este criterio, el artículo 2 del proyecto de instrumento ("Ámbito de aplicación") debería disponer lo siguiente: "El presente instrumento será únicamente aplicable i) a los títulos de transporte; ii) a los documentos electrónicos; o iii) a todo contrato de transporte en virtud del cual las mercancías se transporten por servicios de línea. Con esta enmienda, en el artículo B de la propuesta de la delegación de China, por "acuerdo libremente negociado" se entendería únicamente todo aquel que se celebrara con miras al transporte de mercancías por servicios de línea.]

II. Recomendación y breve explicación

Artículo A

A.1. A menos que se especifique otra cosa en el presente instrumento, toda estipulación enunciada en un título de transporte o en un documento electrónico será nula y sin efecto

a) si reduce directa o indirectamente el grado de responsabilidad que el porteador o la parte ejecutante marítima deban asumir en virtud del presente instrumento, o si exime al porteador o a la parte ejecutante marítima de tal responsabilidad;

b) si incrementa directa o indirectamente el grado de responsabilidad que los titulares de derechos sobre la carga deban asumir en virtud del presente instrumento;

c) si prevé que el porteador o una parte ejecutante perciba los beneficios del seguro por concepto de las mercancías.

A.2. En el párrafo anterior, las palabras "los titulares de derechos sobre la carga" se entenderán referidas al cargador, al expedidor, a la parte controladora, al tenedor de un título de transporte y al consignatario.

7. El artículo A de la propuesta dispone que el futuro instrumento tendrá carácter imperativo, aunque sólo para los "títulos de transporte" (incluidos los documentos electrónicos), atendiéndose a la concepción básica del proyecto de instrumento. El concepto de "título de transporte" engloba los conocimientos de embarque, las cartas de porte marítimo, etc., y consiste en todo documento que emita el porteador una vez recibidas las mercancías y que constituya la prueba del contrato de transporte.

8. El texto original del artículo 88.2 del proyecto de instrumento dice: "No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, el porteador o una parte ejecutante podrán incrementar el grado de responsabilidad y las obligaciones que tengan en virtud del presente instrumento". Con la propuesta de la delegación de China, esta disposición resulta superflua, por lo que ha sido omitida.

9. Debería suprimirse también el apartado a) del artículo 89 del proyecto de instrumento, puesto que el hecho de que los porteadores puedan beneficiarse de las exenciones de responsabilidad previstas en un título de transporte respecto del transporte de animales vivos resultaría muy perjudicial para los titulares de derechos sobre la carga. Las Reglas de Hamburgo se aplican también al transporte de animales vivos, pero contienen una disposición especial en virtud de la cual se exime al porteador de responsabilidad cuando las pérdidas de animales vivos, los daños sufridos por éstos o el retraso en su entrega sean fruto de los riesgos especiales inherentes a este tipo de transporte (artículo 5, párr. 5). Además, las Reglas de Hamburgo no permiten el mismo grado de autonomía contractual que el proyecto de instrumento. A este respecto, la delegación de China considera que es preferible seguir la pauta del párrafo 5 del artículo 5 de las Reglas de Hamburgo. Por consiguiente, además de suprimirse el apartado a) del artículo 89 del proyecto

de instrumento, convendría también introducir en él disposiciones del tenor del párrafo 5 del artículo 5 de la Reglas de Hamburgo.

10. El párrafo b) del artículo 89 del proyecto de instrumento regula las "cargas especiales" no transportadas en el curso ordinario de los negocios. La delegación de China considera que esta disposición debería suprimirse. Se observa que en el apartado b) del artículo 89 se sigue el mismo principio que en las Reglas de La Haya. Habría que examinar más detenidamente si dicho principio se ajusta a las necesidades actuales. A juicio de la delegación de China, cabría introducir en otro capítulo del proyecto de instrumento disposiciones concretas que regularan esas "cargas especiales".

Artículo B

B.1. A reserva de lo dispuesto en el artículo C, cuando se concierte un acuerdo libremente negociado sobre el transporte de mercancías, el régimen del presente instrumento será únicamente aplicable cuando en el acuerdo no se haya estipulado nada al respecto. No obstante, las estipulaciones de tal acuerdo no surtirán efecto frente a terceros.

B.2. El acuerdo a que se hace referencia en el párrafo anterior deberá estar consignado de forma escrita diferente a la de los títulos de transporte. Los telegramas, los télex, los fax, el intercambio de datos electrónicos y los correos electrónicos surtirán los mismos efectos que los documentos escritos.

B.3. [Todo acuerdo válido consignado por escrito (que no sea un título de transporte) para regir el transporte de mercancías se tendrá por un acuerdo libremente negociado. No obstante, los titulares de derechos sobre la carga que se mencionan en el artículo A tendrán derecho a probar que el acuerdo ha sido formulado anticipadamente por el porteador sin que sus estipulaciones hayan podido modificarse mediante negociación.]

B.4. [Cuando un acuerdo relativo al transporte de mercancías no cumpla los requisitos enunciados en los párrafos 1 y 2 del presente artículo, se considerará que este supuesto entra en el ámbito del artículo A y que forma parte de los supuestos en los que sus estipulaciones serán nulas y sin efecto.]

11. Con este artículo se pretende regular las pólizas de fletamento por viaje, los contratos de flete, los contratos basados en el volumen de las mercancías, los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA) y otros acuerdos libremente negociados. Dado que esta propuesta de artículo B ha ampliado el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento, habría que suprimir los párrafos 3, 4 y 5 de su artículo 2.

12. La finalidad de las palabras "libremente negociado" es poner de relieve que el acuerdo al que se hace referencia en este artículo no es un contrato de adhesión. Estas palabras expresan claramente las características esenciales de ese tipo de contrato, indicando que las partes lo han negociado libremente y en condiciones de igualdad. Conforme al principio de la autonomía contractual, el régimen del futuro instrumento no se aplicará imperativamente sino como regla supletoria.

13. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, con las palabras "acuerdo libremente negociado" se puede obviar la necesidad de definir las pólizas de fletamento por viaje, los contratos basados en el volumen de las mercancías, los contratos de flete, los acuerdos de transporte marítimo por servicios de línea (OLSA) y contratos similares, y puede evitarse el problema que plantea la determinación de esos tipos de contratos. A juicio de la delegación de China, resulta muy difícil o casi imposible definir con exactitud estas clases de contratos. Las denominaciones empleadas para designar esos contratos crean confusión y controversias sobre si se trata de contratos de transporte o de pólizas de fletamento. Además, es posible que, con la rápida evolución de las prácticas comerciales, aparezcan nuevos tipos de contratos.

14. El párrafo 3 de este artículo tiene la finalidad de salvaguardar los intereses de los titulares de derechos sobre la carga en determinadas circunstancias, especialmente frente a algunos propietarios de pequeñas cargas.

Articulo C

Toda estipulación que reduzca directamente o indirectamente el grado de responsabilidad asignado al porteador o a la parte ejecutante marítima en un acuerdo negociado libremente, conforme al artículo B, o que exima a dichas partes de tal responsabilidad, será nula y sin efecto cuando esa responsabilidad sea consecuencia

a) del incumplimiento de la obligación enunciada en el artículo 13.1;

b) de que una parte no se haya atenido exactamente a lo estipulado; [o

c) de un acto u omisión con que el porteador o la parte ejecutante haya tratado de causar la pérdida de las mercancías, los daños sufridos por ellas o el retraso en su entrega, de un acto u omisión en que dichas partes actúen con temeridad o a sabiendas de que con tal acto o tal omisión causarán probablemente el daño, la pérdida o el retraso.]

15. Este artículo tiene la finalidad de introducir los límites necesarios en las disposiciones del artículo B sobre la autonomía contractual.

16. El primer límite consiste en la obligación de mantener el buque en buenas condiciones de navegabilidad. Este límite pone de relieve el carácter primordial de la obligación de mantener las buenas condiciones de navegabilidad del buque, obligación que no debería reducirse y de la que el porteador no debería quedar dispensado. En los comentarios sobre la propuesta de revisión se ha hecho referencia al Código Marítimo de China en lo relativo a las pólizas de fletamento por viaje, y concretamente a la disposición que da carácter imperativo a la obligación de mantener el buque en buenas condiciones de navegabilidad.

17. No obstante, si la obligación de mantener el buque en buenas condiciones de navegabilidad se hace extensiva a la totalidad del viaje (las palabras "y durante el mismo" figuran actualmente entre corchetes), al redactarse esta disposición habrá que examinar detenidamente la forma de compaginar los intereses de los propietarios del buque con los de los titulares de derechos sobre la carga. Parece evidente que si se da a la obligación de buena navegabilidad un carácter continuo e imperativo, se impondrá una carga onerosa a los propietarios del buque en el caso

de los acuerdos libremente negociados. Además, de conformidad con el principio de la autonomía contractual de las partes, la delegación de China estima que la ley sólo debería prever, para los contratos libremente negociados, límites mínimos basados únicamente en razones de orden público. Como conclusión provisional de la propuesta de la China, se sugiere que el futuro instrumento disponga que la obligación de actuar con la debida diligencia para mantener las buenas condiciones de navegabilidad del buque sea imperativa antes del viaje y al comienzo del mismo, pero que dicha obligación no sea vinculante durante el viaje, de modo que las dos partes puedan negociar libremente todo lo relativo al mantenimiento de las condiciones de navegabilidad durante el viaje. En opinión de la delegación de China, con este enfoque podría contribuirse a establecer un nuevo equilibrio entre los intereses de los propietarios del buque y los de los titulares de derechos sobre la carga.

18. La delegación de China considera que en el futuro instrumento no debe permitirse que se reduzca el grado de responsabilidad del porteador que no se atenga exactamente a lo estipulado en el acuerdo, aunque éste se haya negociado libremente, ni que se exima al porteador de tal responsabilidad. En los comentarios sobre la presente propuesta también se ha hecho referencia al Código Marítimo de China en lo relativo a las pólizas de fletamento por viaje.

19. Además, la delegación de China estima que, conforme al principio de la equidad, el contrato no debería prever la exención de responsabilidad en caso de actuación intencionada o de negligencia grave. Para ilustrar este criterio, cabe citar el artículo 53 de la Ley de contratos y obligaciones de China, cuyo texto dice lo siguiente: *Carecerán de validez las siguientes cláusulas contractuales sobre exención de responsabilidad: 1) las cláusulas a raíz de las cuales la otra parte pueda sufrir lesiones físicas; o 2) las cláusulas en virtud de las cuales, una parte, con una actuación intencionada o una negligencia grave, pueda causar a la otra parte pérdidas de bienes.* La delegación de China preferiría que en el proyecto de instrumento se introdujeran disposiciones similares a las citadas con objeto de limitar la autonomía contractual. A fin de evitar incoherencias entre las disposiciones del proyecto de instrumento, en la propuesta no se emplean las palabras “actuación intencionada o negligencia grave”, ya que la delegación de China estima que ya son adecuados los términos empleados en el proyecto de instrumento (“con la intención de causar la pérdida de mercancías, los daños sufridos por ellas y el retraso en su entrega o actuando con temeridad y a sabiendas de que probablemente se producirá tal pérdida, daño o retraso”). A juicio de la delegación de China, estos términos tienen un significado similar al de las palabras “actuación intencionada o negligencia grave”.

IV. COMERCIO ELECTRÓNICO

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor realizada en su 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003)

(A/CN.9/546) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
I.	Introducción	1-24
II.	Organización del período de sesiones	25-30
III.	Resumen de las deliberaciones y decisiones	31-32
IV.	Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención	33-135
	Observaciones generales	33-38
	Artículo 8 [10]. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos	39-45
	Artículo 9 [14]. Requisitos de forma	46-58
	Artículo 10 [11]. Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos	59-86
	Artículo 11 [15]. Información de carácter general que toda parte ha de facilitar	87-105
	Artículo 12 [9]. Invitaciones para presentar ofertas	106-116
	Artículo 13 [8]. Utilización de mensajes de datos en la formación del contrato	117-121
	Artículo 14 [12]. Empleo de sistemas de información automatizados para la formación del contrato	122-129
	Artículo 15 [16]. Disponibilidad de las condiciones contractuales	130-135

I. Introducción

1. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) procedió a un intercambio preliminar de opiniones sobre su labor futura en materia de comercio electrónico. Se señalaron tres temas cuyo examen por la Comisión sería aconsejable y viable en el marco de esa labor: la contratación electrónica considerada desde la perspectiva de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[1] (en adelante "la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa"); la solución de controversias por medios electrónicos; y la desmaterialización de los documentos de titularidad, particularmente en la industria de los transportes.

[1] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, Núm. 25567.

2. La Comisión acogió favorablemente la propuesta de seguir estudiando la conveniencia y viabilidad de que esos temas pasaran a formar parte de su labor futura. Convino en general en que, después de terminar la preparación de la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, el Grupo de Trabajo examinaría, en su 38º período de sesiones, algunos o todos los temas mencionados, así como cualquier otro tema, a fin de hacer propuestas más concretas para la labor futura de la Comisión en su 34º período de sesiones, en 2001. Se acordó que la labor que realizaría el Grupo de Trabajo podría incluir el examen paralelo de varios temas, así como el examen preliminar del posible contenido de algún régimen uniforme sobre ciertos aspectos de los temas antes mencionados[2]. El Grupo de Trabajo examinó esas propuestas en su 38º período de sesiones sobre la base de un conjunto de notas relativas a una posible convención destinada a eliminar todo obstáculo para el desarrollo del comercio electrónico que pueda haber en las convenciones internacionales existentes (A/CN.9/WG.IV/WP.89); la desmaterialización de los documentos de titularidad (A/CN.9/WG.IV/WP.90); y la contratación electrónica (A/CN.9/WG.IV/WP.91).

3. El Grupo de Trabajo examinó extensamente las cuestiones relativas a la contratación electrónica (véase A/CN.9/484, párrs. 94 a 127). Concluyó sus deliberaciones sobre la labor futura recomendando a la Comisión que diera prioridad a la labor preparatoria de un instrumento internacional sobre ciertas cuestiones suscitadas por la contratación electrónica. Al mismo tiempo, se convino en recomendar a la Comisión que encomendara a la Secretaría la preparación de los estudios requeridos para abordar otros tres temas considerados por el Grupo de Trabajo, a saber: a) un estudio completo de los obstáculos jurídicos que dificultaban el desarrollo del comercio electrónico existentes en los instrumentos internacionales; b) otro estudio sobre las cuestiones relacionadas con la transferencia de derechos, en particular de derechos sobre bienes corporales, por medios electrónicos, y los mecanismos para llevar un registro público de la cesión de dichos bienes o de la constitución de garantías reales sobre los mismos; y c) un estudio en el que se examinara la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional[3], así como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[4], para ver si respondían a las necesidades específicas del arbitraje por medios electrónicos (véase A/CN.9/484, párr. 134).

4. En el 34º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 2001, las recomendaciones del Grupo de Trabajo recibieron amplio apoyo, por considerarse que constituían una base sólida para la labor futura de la Comisión. Sin embargo, se expresaron opiniones divergentes con respecto a la prioridad relativa que cabía asignar a los temas. Según una de ellas, el proyecto destinado a eliminar todo obstáculo jurídico para el desarrollo del comercio electrónico que pudiera dimanar de los instrumentos internacionales actuales debía gozar de prelación sobre los demás temas, en particular sobre el de la elaboración de un nuevo instrumento internacional relativo a la contratación electrónica. Se dijo que las referencias a "escrito", "firma", "documento" y otros términos análogos que figuraban en las convenciones de derecho uniforme y los acuerdos comerciales existentes suponían

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/55/17), párrs. 384 a 388.

[3] Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.95.V.18.

[4] Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.77.V.6.

ya obstáculos jurídicos y una fuente de incertidumbre para las operaciones internacionales negociadas por vía electrónica. No convenía demorar ni descuidar la labor tendiente a eliminarlos dando prioridad a cuestiones de contratación electrónica.

5. No obstante, prevaleció la opinión de mantener el orden de prioridad que había recomendado el Grupo de Trabajo. Se señaló al respecto que la preparación de un instrumento internacional sobre la contratación electrónica y el examen de la vía apropiada para eliminar los obstáculos jurídicos para el comercio electrónico en las convenciones de derecho uniforme y los acuerdos comerciales existentes no eran tareas incompatibles. Se recordó a la Comisión que en su 33º período de sesiones se había acordado que la labor que realizaría el Grupo de Trabajo podría incluir el examen paralelo de varios temas, así como el estudio preliminar del posible contenido de un régimen uniforme sobre ciertos aspectos de los temas antes mencionados[5].

6. Se expresaron también opiniones divergentes acerca del alcance de la labor futura en materia de contratación electrónica, y acerca del momento adecuado para iniciarla. A juicio de una delegación, esa labor debería circunscribirse a los contratos de compraventa de bienes corporales. Pero durante las deliberaciones de la Comisión prevaleció el parecer de que se diera al Grupo de Trabajo un mandato amplio para tratar de todas las cuestiones suscitadas por la contratación electrónica sin limitar su alcance desde un principio. No obstante, quedó entendido que el Grupo de Trabajo no abordaría ni las operaciones con consumidores ni los contratos que previeran un uso limitado de derechos de propiedad intelectual. La Comisión tomó nota de la hipótesis de trabajo preliminar adoptada por el Grupo de Trabajo consistente en preparar un instrumento autónomo, en forma de convención, que regulara, en sentido amplio, las cuestiones relativas a la formación del contrato en el marco del comercio electrónico (véase A/CN.9/484, párr. 124), tratando de evitar toda interferencia indebida en el régimen bien establecido de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (véase A/CN.9/484, párr. 95) o en el régimen generalmente aplicable a la formación del contrato. Recibió amplio apoyo la idea expresada en el contexto del 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo de que, en la medida posible, se evitara dar a las operaciones de compraventa efectuadas por Internet un trato distinto del que se daba a las realizadas por medios más tradicionales (véase A/CN.9/484, párr. 102).

7. Con respecto al calendario de la labor que habría de realizar el Grupo de Trabajo, se apoyó la idea de proceder sin demora al examen de la labor futura durante el tercer trimestre de 2001. No obstante, se defendió enfáticamente la opinión de que sería preferible que el Grupo de Trabajo esperara hasta el primer trimestre de 2002 a fin de dar tiempo a los Estados para celebrar consultas internas. La Comisión aceptó esa sugerencia y decidió que la primera sesión del Grupo de Trabajo dedicada a las cuestiones de la contratación electrónica se celebrara en el primer trimestre de 2002[6].

8. En su 39º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó una nota de la Secretaría en la que se analizaban determinadas cuestiones de contratación electrónica. La nota contenía un anteproyecto de convención denominado

[5] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/56/17), párr. 293.
[6] Ibíd., párr. 295.

provisionalmente "Anteproyecto de convención sobre contratos [internacionales] celebrados o probados por mensajes de datos" (A/CN.9/WG.IV/WP.95, anexo I). El Grupo de Trabajo examinó, además, una nota de la Secretaría por la que se transmitían las observaciones formuladas por un grupo especial de expertos establecido por la Cámara de Comercio Internacional para examinar las cuestiones planteadas en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.95 y los proyectos de disposición enunciados en su anexo I (A/CN.9/WG.IV/WP.96).

9. El Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones examinando la forma y el alcance del anteproyecto de convención (véase A/CN.9/509, párrs. 18 a 40). El Grupo de Trabajo convino en postergar el examen de lo que se excluiría del proyecto de convención hasta que hubiera estudiado las disposiciones relativas a la ubicación de las partes y a la formación del contrato. En particular, el Grupo de Trabajo decidió proseguir sus deliberaciones examinando en primer lugar los artículos 7 y 14, ambos referidos a cuestiones relacionadas con la ubicación de las partes (véase A/CN.9/509, párrs. 41 a 65). Después de haber concluido su examen inicial de esas disposiciones, el Grupo de Trabajo pasó a abordar las disposiciones relativas a la formación del contrato en los artículos 8 a 13 (véase A/CN.9/509, párrs. 66 a 121). El Grupo de Trabajo finalizó sus deliberaciones sobre el proyecto de convención debatiendo el proyecto de artículo 15 (véase A/CN.9/509, párrs. 122 a 125). El Grupo de Trabajo convino en que en su 40º período de sesiones examinaría los artículos 2 a 4, que trataban del ámbito de aplicación del proyecto de convención, y los artículos 5 (Definiciones) y 6 (Interpretación). Pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del anteproyecto de convención, que recogiera sus deliberaciones y decisiones, para examinarla en su 40º período de sesiones.

10. En su 40º período de sesiones, el Grupo de Trabajo recibió además información sobre los progresos realizados por la Secretaría en su estudio de los obstáculos jurídicos que podían imponer al comercio electrónico los instrumentos de derecho mercantil existentes. Se informó al Grupo de que la Secretaría había comenzado la labor seleccionando y examinando los instrumentos de derecho mercantil pertinentes que figuraban entre el gran número de tratados multilaterales depositados en poder del Secretario General. La Secretaría había llegado a la conclusión de que 33 de esos tratados eran potencialmente importantes para el estudio y había analizado los posibles problemas que podían plantear estos tratados cuando se utilizaran medios electrónicos de comunicación. La Secretaría recogió en una nota las conclusiones preliminares a que había llegado con respecto a dichos tratados (A/CN.9/WG.IV/WP.94); esa nota se presentó al Grupo de Trabajo en su 39º período de sesiones, celebrado en marzo de 2002.

11. El Grupo de Trabajo tomó nota de los progresos realizados por la Secretaría en dicho estudio, pero no dispuso de tiempo suficiente para examinar sus conclusiones preliminares. Pidió a la Secretaría que solicitara la opinión de los Estados miembros y de los observadores sobre el mencionado estudio y sus conclusiones, y que preparara un informe en que se recopilaran esas observaciones para someterlas al examen del Grupo de Trabajo en una etapa ulterior. El Grupo tomó nota de una declaración en que se subrayaba la importancia de que el estudio realizado por la Secretaría abarcara instrumentos de derecho mercantil procedentes de las diversas regiones geográficas representadas en la Comisión. Con esa finalidad, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que consultara a otras organizaciones internacionales,

incluidas las del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales, para saber si existían instrumentos internacionales de derecho mercantil de los que esas organizaciones o sus Estados miembros fueran depositarios, y que dichas organizaciones desearan ver incluidos en el estudio que realizaba la Secretaría.

١٢. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión examinó el informe del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones. La Comisión tomó nota con reconocimiento de que el Grupo había comenzado a examinar un posible instrumento internacional relativo a determinadas cuestiones que planteaba la contratación electrónica. La Comisión reafirmó su convicción de que un instrumento internacional que regulara ciertas cuestiones de la contratación electrónica podía contribuir a facilitar la utilización de medios modernos de comunicación en operaciones comerciales transfronterizas. La Comisión encomió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados al respecto. Sin embargo, tomó nota también de las distintas opiniones que se expresaron en el Grupo de Trabajo sobre la forma y el alcance del instrumento, sus principios básicos y algunas de sus características principales. La Comisión tomó nota, en particular, de la propuesta de que el Grupo no se limitara a examinar los contratos electrónicos sino que se ocupara también de los contratos comerciales en general, con independencia de los medios utilizados para su negociación. A juicio de la Comisión, los Estados miembros y observadores que participaran en las deliberaciones del Grupo de Trabajo debían disponer de tiempo suficiente para celebrar consultas sobre estas importantes cuestiones. A estos efectos, la Comisión consideró que tal vez sería preferible que el Grupo de Trabajo aplazara hasta su 41º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003)[7] sus debates sobre un posible instrumento internacional relativo a determinadas cuestiones de la contratación electrónica.

13. En lo que respecta al examen por el Grupo de Trabajo de los obstáculos jurídicos que pudieran imponer al comercio electrónico los instrumentos internacionales de derecho mercantil, la Comisión reiteró su apoyo a la labor del Grupo de Trabajo y de la Secretaría al respecto. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo que en su 40º período de sesiones, previsto para octubre de 2002, dedicara la mayor parte del tiempo al examen de fondo de las diversas cuestiones que se habían planteado en el estudio inicial de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.94)[8].

14. En su 40º período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002), el Grupo de Trabajo examinó el estudio de los eventuales obstáculos jurídicos para el comercio electrónico que figuraba en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.94. El Grupo de Trabajo estuvo en general de acuerdo con el análisis efectuado por la Secretaría e hizo suyas sus recomendaciones (véase A/CN.9/527, párrs. 24 a 71). El Grupo de Trabajo convino en recomendar a la Secretaría que siguiera las sugerencias de ampliar el alcance de su estudio de los obstáculos para el comercio electrónico incluyendo en él los instrumentos que otras organizaciones internacionales habían considerado pertinentes a tal efecto, y que examinara con esas organizaciones la manera de llevar a cabo los estudios necesarios, teniendo en cuenta las restricciones que imponía a la Secretaría su volumen actual de trabajo. El Grupo de Trabajo invitó a los Estados miembros a que ayudaran a la Secretaría a

[7] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párr. 206.
[8] Ibíd., párr. 207.

encontrar expertos o fuentes de información que fueran de utilidad para abordar los temas especializados de que trataban los instrumentos internacionales pertinentes.

15. El Grupo de Trabajo utilizó el tiempo restante de su 40º período de sesiones para reanudar el debate sobre el anteproyecto de convención, y empezó con un examen general del alcance del anteproyecto de convención (véase A/CN.9/527, párrs. 72 a 81). El Grupo de Trabajo pasó seguidamente a examinar los artículos 2 a 4, relativos al ámbito de aplicación del nuevo régimen, y los artículos 5 (Definiciones) y 6 (Interpretación) (véase A/CN.9/527, párrs. 82 a 126). El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que le preparara un texto revisado del anteproyecto de convención para que pudiera examinarlo en su 41º período de sesiones.

16. En su 41º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003), el Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones sobre el anteproyecto de convención con un debate general sobre la finalidad y el carácter de ese anteproyecto (véase A/CN.9/528, párrs. 28 a 31). El Grupo de Trabajo tomó nota de que un grupo especial establecido por la Cámara de Comercio Internacional había presentado un texto (A/CN.9/WG.IV/WP.101, anexo) en el que formulaba observaciones sobre el alcance y la finalidad del proyecto de convención. El Grupo de Trabajo acogió generalmente con agrado la labor que venían desarrollando entidades representativas del sector privado, como la Cámara de Comercio Internacional, por considerar que complementaba útilmente la labor de preparación de una convención internacional que había emprendido el Grupo de Trabajo.

17. El Grupo de Trabajo examinó los artículos 1 a 11 de la versión revisada del anteproyecto de convención, que figuraba en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.100, anexo I). Las decisiones y deliberaciones del Grupo de Trabajo relativas al proyecto de convención se recogen en la sección IV del informe sobre la labor de su 41º período de sesiones (véase A/CN.9/528, párrs. 26 a 151). Se pidió a la Secretaría que, basándose en esas decisiones y deliberaciones, preparara una versión revisada del anteproyecto de convención para que el Grupo de Trabajo la examinara en su 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003).

18. Conforme a una decisión adoptada en su 40º período de sesiones (véase A/CN.9/527, párr. 93), el Grupo de Trabajo mantuvo también un debate preliminar sobre la conveniencia de excluir o no los derechos de propiedad intelectual del régimen del proyecto de convención (véase A/CN.9/528, párrs. 55 a 60). El Grupo de Trabajo convino en pedir a la Secretaría que consultara a organizaciones internacionales competentes, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), para conocer sus pareceres sobre si la inclusión en el nuevo régimen de los contratos de licencia de derechos de propiedad intelectual, a fin de que se reconociera expresamente la utilización de mensajes de datos en el contexto de dichos contratos, iría en contra de alguna norma de protección de los derechos de propiedad intelectual. Las delegaciones estuvieron de acuerdo en que la necesidad de proceder o no a dicha exclusión dependería en última instancia del contenido de las disposiciones de la Convención.

19. El Grupo de Trabajo también intercambió opiniones sobre la relación entre el proyecto de convención y los esfuerzos que realizaba el Grupo de Trabajo, en el contexto del examen preliminar del artículo X, por suprimir los posibles obstáculos jurídicos que imponen al comercio electrónico los instrumentos internacionales que

actualmente regulan el comercio internacional. El Grupo de Trabajo decidió mantener en el texto el contenido del artículo X para estudiarlo ulteriormente.

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

21. La Comisión tomó nota de los progresos realizados por la Secretaría en su estudio sobre los obstáculos jurídicos que los instrumentos de derecho mercantil internacional podían entrañar para el desarrollo del comercio electrónico. La Comisión subrayó de nuevo la importancia que otorgaba a ese proyecto y reiteró su apoyo a los esfuerzos del Grupo de Trabajo y de la Secretaría por llevarlo adelante. La Comisión observó que el Grupo de Trabajo había recomendado a la Secretaría que ampliara el alcance de su estudio de los obstáculos para el comercio electrónico incluyendo en él los instrumentos que otras organizaciones internacionales habían considerado pertinentes a tal efecto, y que examinara con esas organizaciones la manera de llevar a cabo los estudios necesarios, teniendo en cuenta las restricciones que imponía a la Secretaría su volumen actual de trabajo. La Comisión instó a los Estados miembros a que ayudaran a la Secretaría a encontrar expertos o fuentes de información que fueran de utilidad para abordar los temas especializados de que trataban los instrumentos internacionales pertinentes[9].

22. La Comisión observó también con reconocimiento que el Grupo de Trabajo había seguido examinando un anteproyecto de convención para regular determinadas cuestiones de la contratación electrónica y reafirmó su convicción de que un instrumento internacional que regulara ciertos problemas que planteaba la contratación electrónica podía contribuir a facilitar la utilización de medios modernos de comunicación en operaciones comerciales transfronterizas. La Comisión observó que si bien hasta entonces el Grupo de Trabajo había adoptado la hipótesis de trabajo de que ese instrumento revestiría la forma de una convención internacional, ello no era óbice para que el Grupo de Trabajo, en ulteriores deliberaciones, optara por otra forma de instrumento[10].

23. Se informó a la Comisión de que el Grupo de Trabajo había intercambiado opiniones sobre la relación entre el anteproyecto de convención y los esfuerzos que realizaba el Grupo de Trabajo, en el contexto del examen preliminar del artículo X, por suprimir los posibles obstáculos jurídicos que imponen al comercio electrónico los instrumentos internacionales que actualmente regulan el comercio internacional. El Grupo de Trabajo había decidido mantener en el texto el contenido del proyecto de artículo X para estudiarlo ulteriormente (véase A/CN.9/528, párr. 25). La Comisión apoyó los esfuerzos del Grupo de Trabajo por abordar simultáneamente los dos tipos de labor[11].

24. Se informó a la Comisión de que, en su 41º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había celebrado un debate preliminar sobre si los derechos de propiedad intelectual deberían o no excluirse del proyecto de convención (A/CN.9/528, párrs. 55 a 60). La Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo entendía que su

[9] Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párr. 211.
[10] Ibíd., párr. 212.
[11] Ibíd., párr. 213.

labor no consistía en elaborar un marco jurídico sustantivo que regulara las operaciones con "bienes virtuales", ni tampoco en ocuparse de si esos bienes entraban o debían entrar en el ámbito de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y en qué medida ésta era o debía ser aplicable a tales bienes. El tema que debía tratar el Grupo de Trabajo era si las soluciones en materia de contratación electrónica que se venían proponiendo en el anteproyecto de convención podrían aplicarse también, y en qué medida, a las operaciones de concesión de licencias de derechos de propiedad intelectual y a otros mecanismos análogos. Se pidió a la Secretaría que solicitara la opinión al respecto de otras organizaciones internacionales, en particular de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual[12].

II. Organización del período de sesiones

25. El Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 42º período de sesiones en Viena del 17 al 21 de noviembre de 2003. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Lituania, Marruecos, México, Singapur, Tailandia, Uganda y Uruguay.

26. Asistieron al período de sesiones observadores de los Estados siguientes: Argelia, Argentina, Australia, Bahrein, Bélgica, Costa Rica, Dinamarca, Filipinas, Finlandia, Indonesia, Irlanda, Jamahiriya Árabe Libia, Nigeria, Nueva Zelandia, Polonia, Qatar, República Checa, República de Corea, Serbia y Montenegro, Suiza, Trinidad y Tabago, Turquía, Venezuela y Yemen.

27. Además, asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: a) organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Banco Mundial, Comisión Económica para África y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; b) organizaciones intergubernamentales: Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Unión Asiática de Compensación y Unión Europea; c) organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión: *American Bar Association*, Asociación Internacional de Abogados, Cámara de Comercio Internacional y Centro de Estudios Jurídicos Internacionales.

28. El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes autoridades:

Presidente: Sr. Jeffrey CHAN Wah Teck (Singapur);

Relatora: Sra. Ligia Claudia González Lozano (México).

29. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición una nueva versión revisada del anteproyecto de convención, que reflejaban las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 41º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.103, anexo). El Grupo de Trabajo también tuvo a su disposición algunos documentos en que se resumía la investigación realizada por la Secretaría sobre algunas de las principales cuestiones que el Grupo de Trabajo había abordado en el contexto de su examen del proyecto

[12] Ibíd., párr. 214.

de convención (A/CN.9/WG.IV/WP.104 y adiciones 1 a 4) y observaciones sobre el proyecto de convención recibidas de un grupo especial de expertos establecido por la Cámara de Comercio Internacional (A/CN.9/WG.IV/WP.105) y de la OMPI (A/CN.9/WG.IV/WP.106).

30. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Resumen de las deliberaciones y decisiones

31. El Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones sobre el anteproyecto de convención con un examen general del alcance del anteproyecto de convención (véanse los párrafos 33 a 38).

32. El Grupo de Trabajo examinó los artículos 8 a 15 de la versión revisada del anteproyecto de convención, que figuraba en el anexo de la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.103). Las decisiones y deliberaciones del Grupo de Trabajo respecto del proyecto de convención se exponen en el capítulo IV *infra*.

IV. Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención

Observaciones generales

33. El Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones manteniendo un intercambio general de opiniones sobre la finalidad y el alcance del anteproyecto de convención.

34. El Grupo de Trabajo señaló que el texto del anteproyecto de convención se había revisado y reestructurado ampliamente para tener en cuenta las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 41º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003). Se recordó al Grupo de Trabajo que, cuando estudió por primera vez la posibilidad de seguir ocupándose del comercio electrónico tras la aprobación de la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, había previsto examinar, entre otras cuestiones, un tema que, en términos amplios, se denominó "contratación electrónica", así como las medidas necesarias para eliminar los obstáculos jurídicos que pudieran plantear, para el comercio electrónico, las convenciones internacionales existentes. Tras haber examinado el proyecto inicial de anteproyecto de convención en su 39º período de sesiones (véase A/CN.9/509, párrs. 8 a 125) y después de examinar, en su 40º período de sesiones (véase A/CN.9/527, párrs. 24 a 71), el estudio realizado por la Secretaría sobre los obstáculos jurídicos que pudieran plantear, para el comercio electrónico, las

convenciones internacionales existentes, el Grupo de Trabajo había convenido en tratar de determinar los elementos comunes de la doble tarea de eliminación de los obstáculos jurídicos para el comercio electrónico en los instrumentos existentes y de elaboración de una posible convención internacional sobre la contratación electrónica (A/CN.9/527, párr. 30). El Grupo de Trabajo reiteró su consenso sobre la necesidad de que ambos proyectos se llevaran a cabo simultáneamente, y esta hipótesis de trabajo quedaba reflejada en el texto actual del anteproyecto de convención.

35. Se recordaron al Grupo de Trabajo las preocupaciones expresadas en su 39º período de sesiones acerca del riesgo que supondría establecer una dualidad de regímenes para la formación de contratos: por una parte, un régimen uniforme para los contratos electrónicos en el nuevo instrumento y, por otra, un régimen diferente, pero no armonizado, aplicable a la formación de contratos por cualquier otro medio, salvo a los pocos tipos de contratos que ya estaban actualmente regulados por instrumentos uniformes, como los contratos de compraventa, que entraban en el ámbito de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

36. El Grupo de Trabajo señaló que la Cámara de Comercio Internacional había establecido un equipo de trabajo con la misión de formular reglas contractuales y directrices sobre cuestiones jurídicas relacionadas con el comercio electrónico, denominadas provisionalmente *E-terms 2004*. Se informó al Grupo de Trabajo de que el resultado previsto de la labor de ese grupo sería un documento pragmático en el que tendrían cabida los problemas prácticos y sus posibles soluciones y en el que se tendrían en cuenta también las distintas necesidades de las grandes y pequeñas empresas. El documento *E-terms 2004* sería un instrumento de carácter voluntario que no entraría en conflicto con la autonomía de las partes. Se observó que el alcance del documento *E-terms 2004* se basaba en un detenido análisis de las prácticas y necesidades de las empresas de diversos sectores, independientemente de si eran pequeñas, medianas o grandes. La labor del mencionado grupo había partido del principio de que un instrumento internacional tal vez no fuera el mejor medio para resolver varios problemas que planteaba el comercio electrónico, pero se había considerado que tal instrumento podía dar seguridad jurídica a las operaciones de contratación electrónica, ofreciendo a los usuarios una combinación de reglas voluntarias, cláusulas modelo y directrices. La ventaja de este enfoque radicaría en su flexibilidad, ya que las empresas podrían adoptar elementos de esas reglas o cláusulas modelo, que, si fuera necesario, podrían enmendarse fácilmente.

37. El Grupo de Trabajo acogió con satisfacción la labor que realizaba la Cámara de Comercio Internacional, y estimó que esa labor complementaba útilmente la tarea de elaboración de una convención internacional que había emprendido el Grupo de Trabajo. A juicio del Grupo de Trabajo, los criterios que se seguían en ambas labores no eran incompatibles, en particular porque el proyecto de convención trataba de los requisitos que solían prever las leyes y porque los obstáculos jurídicos, al ser de carácter legislativo, no podían superarse mediante disposiciones contractuales o reglas no vinculantes. El Grupo de Trabajo expresó su reconocimiento a la Cámara de Comercio Internacional por el interés que había demostrado en llevar a cabo su labor en cooperación con la CNUDMI, y confirmó que estaba dispuesto a hacer observaciones sobre los proyectos que preparara la Cámara de Comercio Internacional.

38. Por lo que respecta a la organización de los trabajos en el presente período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en la necesidad de centrarse inicialmente en las cuestiones que revestían interés tanto para eliminar los obstáculos jurídicos de los instrumentos existentes como para formular un marco jurídico más amplio para la contratación electrónica. Estas cuestiones se trataban en las disposiciones del capítulo III del anteproyecto de convención.

Artículo 8 [10]. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos

39. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> "1. Toda comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud que deba o decida hacer alguna de las partes [en relación con un contrato existente o previsto] [en el contexto de la formación o de la ejecución de un contrato] [, así como al hacer una oferta o en su aceptación,] podrá transmitirse por medio de un mensaje de datos, sin que se le niegue validez o fuerza obligatoria por la sola razón de haberse utilizado para dicho fin un mensaje de datos.
>
> [2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención impondrá a una persona la obligación de utilizar o de aceptar información en forma de mensajes de datos, pero el consentimiento de una persona a dicho respecto podrá inferirse de su conducta.]
>
> [3. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...] [Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a ninguna de las cuestiones señaladas por un Estado Contratante en una declaración efectuada de conformidad con el artículo X.]"

40. Como observación general, se dijo que el proyecto de artículo 8 tenía un alcance a la vez ambicioso y modesto. Era ambicioso porque, al disponer que las comunicaciones referentes a contratos podían transmitirse mediante mensajes de datos, parecía enunciar una regla positiva de autorización que iba más allá del principio de la equivalencia funcional. ¿Significaba esto, por ejemplo, que los mensajes de datos serían siempre válidos en un contexto contractual, aun cuando una de las partes no previera ni deseara comunicarse a través de mensajes de datos? Otras delegaciones consideraron, en cambio, que el alcance del proyecto de artículo era modesto, pues la última frase del párrafo 1 se limitaba a reafirmar el principio de la no discriminación de los mensajes de datos, enunciado en el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[13]. Se formuló la pregunta de si no sería más útil ir más lejos y prever criterios generales positivos para la validez de los mensajes de datos.

41. El Grupo de Trabajo convino en que el proyecto de artículo no debería dar la impresión de que enunciaba una regla sustantiva sobre la validez de los mensajes de datos. Para evitarlo, las delegaciones estuvieron en general de acuerdo en que se reformulara el párrafo 1 en términos que expresaran con mayor claridad su función de regla contra la discriminación de los mensajes de datos. Una manera de lograrlo consistiría en que se sustituyera la frase "toda comunicación, declaración,

[13] Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.99.V.4.

requerimiento, notificación o solicitud [...] podrá transmitirse por medio de un mensaje de datos" por las palabras "cuando una comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud se transmita por medio de mensajes de datos". No obstante, en el Grupo de Trabajo predominó la opinión de que debía mantenerse el párrafo en el artículo como regla contra la discriminación y que no era conveniente entrar a prever requisitos para la validez jurídica de los mensajes de datos. En el comercio electrónico se utilizaban diversos tipos de comunicaciones y de tecnologías y no sería aconsejable tratar de formular reglas o criterios para su validez. En caso de que la ley impusiera requisitos de forma, el proyecto de artículo 9 ya preveía criterios para la equivalencia funcional.

42. Respecto de las dos primeras variantes que figuraban entre corchetes, se expresó una preferencia general por las palabras "un contrato existente o previsto", aunque también se apoyó la variante relativa a "la formación o la ejecución de un contrato", que, a juicio de algunas delegaciones, era más técnica. En cuanto al tercer par de corchetes, el Grupo de Trabajo aceptó en general que se mantuviera en el texto la referencia a "oferta" y "aceptación". Sin embargo, el Grupo de Trabajo señaló que si se insertaban las palabras de ese par de corchetes en el proyecto de artículo 8, el párrafo 1 del proyecto de artículo 13 podía resultar redundante, por lo que decidió que tal vez reconsideraría su decisión después de haber examinado el proyecto de artículo 13 (véanse los párrafos 117 a 121 *infra*).

43. El Grupo de Trabajo señaló que la finalidad del proyecto de párrafo 2 era enunciar el principio de que las partes no deberían verse obligadas a aceptar ofertas contractuales ni aceptaciones hechas por medios electrónicos si no lo deseaban (véase A/CN.9/527, párr. 108). No obstante, dado que la disposición no tenía la finalidad de exigir siempre un acuerdo previo entre las partes sobre la utilización de mensajes de datos, la segunda frase del proyecto de párrafo disponía que el consentimiento de una parte podría inferirse de su conducta. En el Grupo de Trabajo se apoyó firmemente la inclusión en el texto de una disposición del tenor del proyecto de párrafo 2. A este respecto, una delegación preguntó si, en virtud del proyecto de artículo, toda persona que ofreciera bienes o servicios mediante una carta o un anuncio publicitario estaría obligada a aceptar una respuesta en forma de mensaje de datos. Se señaló que el proyecto no afectaba a la forma en que el derecho aplicable regulara el intercambio de comunicaciones entre las partes. Cuando la ley no previera ningún requisito de forma, cabría suponer que una respuesta verbal a una oferta hecha por escrito constituiría una respuesta válida, del mismo modo que, en virtud del proyecto de artículo, sería válido un mensaje de datos. Para cuando existieran requisitos de forma, el proyecto de artículo ofrecía variantes legislativas con el fin de asegurar la equivalencia entre los mensajes de datos y los escritos sobre papel. Sin embargo, se sugirió que se suprimiera la segunda parte del proyecto de párrafo, ya que cabía la posibilidad de que la palabra "consentimiento" se entendiera referida a la operación subyacente. Con todo, el Grupo de Trabajo prefirió mantener en el texto la totalidad del proyecto de párrafo, con la posibilidad de enmendar la segunda frase para aclarar que la palabra "consentimiento" se refería únicamente a la utilización de mensajes de datos.

44. En el Grupo de Trabajo se expresaron opiniones divergentes acerca del proyecto de párrafo 3. Si bien recibió cierto apoyo la exclusión de cuestiones concretas del ámbito de aplicación del proyecto de artículo 8, hubo más delegaciones partidarias de limitar las exclusiones a las que indicaran los Estados

Contratantes en declaraciones efectuadas de conformidad con el artículo X. Sin embargo, en el Grupo de Trabajo predominó la opinión de que era preferible que sólo pudiera excluirse la aplicación del instrumento en su totalidad y que no pudieran excluirse disposiciones concretas. El Grupo de Trabajo convino en suprimir este proyecto de párrafo por estimar que ninguna de las dos opciones que ofrecía resultaba conveniente, habida cuenta de la importancia del principio de la no discriminación y de la necesidad de asegurar la mayor uniformidad posible del derecho.

45. A reserva de las observaciones y enmiendas señaladas, el Grupo de Trabajo aprobó en general el contenido del proyecto de artículo 8 y pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada para examinarla en su 43º período de sesiones.

Artículo 9 [14]. Requisitos de forma

46. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

"[1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención exige que un contrato o cualquier otra comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud que una de las partes deba o decida hacer [en relación con un contrato existente o previsto] [en el contexto de la formación o de la ejecución de un contrato] tenga que hacerse o probarse [de alguna forma particular, incluida la forma de escrito] [mediante mensajes de datos, por escrito o de cualquier otra forma], ni que el contrato esté sujeto a ningún otro requisito de forma.]

2. Cuando la ley requiera que un contrato, o cualquier otra comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud que una de las partes deba o decida hacer en relación con un contrato, conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.

3. Cuando la ley requiera que un contrato, o cualquier otra comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud que una de las partes deba o decida hacer en relación con un contrato, vaya firmado, o cuando la ley prevea consecuencias si no se cumple el requisito de firma, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

Variante A

a) Si se utiliza un método para identificar a la persona y para indicar que dicha persona aprueba la información consignada en el mensaje de datos; y

b) Si el método utilizado es no sólo fiable sino además apropiado para los fines para los que se generó o se comunicó el mensaje de datos, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, así como de cualquier acuerdo aplicable.

Variante B

... si se utiliza alguna firma electrónica que sea no sólo fiable sino además apropiada para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, así como de cualquier acuerdo aplicable.

4. La firma electrónica se tendrá por fiable para los fines de cumplimiento del requisito enunciado en el párrafo 3 del presente artículo:

a) si los datos de creación de la firma, en el contexto en que se utilicen, corresponden exclusivamente al firmante;

b) si, en el momento de la firma, los datos de creación de la firma estaban bajo el control exclusivo del firmante;

c) si es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha con posterioridad al momento de la firma; y

d) si, cuando el requisito legal de la firma tenga por objeto garantizar la integridad de la información a la que corresponda, es posible detectar cualquier alteración de dicha información que se haga después del momento de la firma.

5. Lo dispuesto en el párrafo 4 del presente artículo no limitará la posibilidad de que toda persona:

a) demuestre de cualquier otra manera la fiabilidad de una firma electrónica, para los fines de cumplimiento del requisito enunciado en el párrafo 3 del presente artículo;

b) aduzca pruebas de que una firma electrónica no es fiable."

47. El Grupo de Trabajo recordó que, de conformidad con una sugerencia formulada en el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/509, párr. 115), en el artículo 9 se reiteraba el principio general de la libertad de forma, enunciado en el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, y se reafirmaban los criterios esenciales para la equivalencia funcional entre los mensajes de datos y los documentos sobre papel, del mismo modo que se hacía, respecto de los escritos, en el párrafo 2) del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y, respecto de las firmas, en el párrafo 2) del artículo 7 de dicha Ley.

48. Se señaló también que, para el párrafo 3 del artículo 9, se presentaban dos variantes. En la variante A se enunciaban los criterios generales para la equivalencia funcional entre las firmas manuscritas y los métodos de identificación electrónica mencionados en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, mientras que la variante B, que era más detallada y contenía un párrafo 4 y un párrafo 5, se basaba en el párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas.

Párrafo 1

49. Se observó que este proyecto de párrafo podría simplificarse, dado que algunos de sus elementos ya figuraban en el párrafo 2 del proyecto de artículo 8. Se

sugirió que se revisara el párrafo para que indicara con mayor claridad que el proyecto de artículo no imponía, expresa o implícitamente, ningún requisito de forma que pudiera afectar a la validez de las comunicaciones o notificaciones, sino que simplemente preveía reglas para cumplir esos requisitos, cuando los impusiera el derecho aplicable. Se sugirió que se diera un nuevo enunciado al párrafo 1 para que dispusiera que nada de lo previsto en la Convención imponía requisitos de forma a cualquier contrato o a cualquier comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud. El Grupo de Trabajo convino en que se reformulara el proyecto de párrafo del modo sugerido.

Párrafo 2

50. El Grupo de Trabajo tomó nota de que en este proyecto de párrafo se enunciaban los criterios para la equivalencia funcional entre los mensajes de datos y los documentos sobre papel, del mismo modo que se hacía en el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

51. Se sugirió que se definiera el concepto de "escrito" (véase A/CN.9/509, párrs. 116 y 117). Se observó que, para esa definición, cabría adoptar como referencia el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, aprobados en una Conferencia Diplomática celebrada el 16 de noviembre de 2001 en Ciudad del Cabo (Sudáfrica) ("el Convenio de Ciudad del Cabo"), que disponían que por escrito se entendía todo documento que contuviera información (incluida la información comunicada por medios de teletransmisión) que se presentara de forma tangible o de otro modo, que pudiera reproducirse ulteriormente de forma tangible y en el que se indicara por medios razonables que una determinada persona aprobaba el contenido del documento.

52. Frente a esta sugerencia se objetó que en el Convenio de Ciudad del Cabo se había pretendido formular una definición de "escrito" que abarcara la utilización de mensajes de datos. En cambio, la CNUDMI había optado por remitirse a los derechos internos, a efectos de definir lo que constituía un "escrito", y por formular criterios para la equivalencia funcional entre los mensajes de datos y los documentos escritos. Debido a esta diferencia fundamental, no resultaba apropiado incorporar al proyecto de convención la definición de "escrito" enunciada en el Convenio de Ciudad del Cabo.

53. Se sugirió agregar al proyecto de párrafo un criterio suplementario para la equivalencia funcional, consistente en que el mensaje de datos no pudiera alterarse unilateralmente. Se respondió que este criterio suplementario pretendía asegurar la integridad del mensaje de datos y que, como tal, se aproximaba más al concepto de "original" que al de "escrito", ya que en los requisitos para los escritos solía exigirse la existencia de un documento accesible, pero no necesariamente la integridad de dicho documento. A este respecto, se señaló que hasta la fecha el Grupo de Trabajo no había considerado necesario agregar al proyecto de convención una disposición que regulara la equivalencia funcional entre los mensajes de datos y los documentos "originales". Los requisitos legales para la presentación o retención de documentos originales solían guardar relación con las reglas probatorias aplicables en procedimientos judiciales y en intercambios mantenidos con la administración pública. No se estimaba, por tanto, necesario introducir en un

instrumento que regulaba únicamente los intercambios de carácter comercial una regla de esta índole sobre la equivalencia funcional.

Párrafo 3

54. Con respecto a las variantes A y B, se expresó preocupación por el hecho de que ambas variantes preveían un requisito sobre la fiabilidad de la firma. Se señaló que la variante A y la variante B se basaban, respectivamente, en los requisitos enunciados en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[13] y en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas[14]. Se observó que en algunos Estados no se imponía el requisito adicional de que la firma electrónica fuera fiable siempre y cuando fuera posible determinar la identidad del autor de la firma y la intención de éste. El Grupo de Trabajo tomó nota de esta opinión.

55. En respuesta a una pregunta formulada acerca de la diferencia entre la variante A y la variante B, se señaló que la variante B enunciaba criterios detallados para determinar la fiabilidad de una firma electrónica. Por consiguiente, no todas las técnicas de firma electrónica que cumplieran los requisitos de la variante A cumplían también todos los criterios establecidos en el párrafo 4 de la variante B. No obstante, la parte interesada podía demostrar la fiabilidad de la firma con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 5 de la variante B.

56. Se apoyó firmemente la variante A del párrafo 3, por estimarse que ofrecía criterios simples y técnicamente neutrales para el reconocimiento de las firmas electrónicas.

57. Sin embargo, se consideró que la variante A no garantizaba un nivel suficiente de seguridad en los métodos de firma y autenticación. Dado que era preferible imponer criterios más estrictos para la seguridad de las comunicaciones electrónicas, debería optarse por la variante B. Se sugirió que se preparara un texto en el que se combinaran ambas variantes de modo que la disposición resultara aceptable para los Estados que exigieran requisitos de mayor especificidad para las firmas electrónicas. Se observó que podría adaptarse el texto para tener en cuenta el criterio de esos Estados reteniendo únicamente la variante A como párrafo 3 del artículo 9, e insertando a continuación una disposición que permitiera a un Estado hacer una declaración en virtud del artículo X en la que especificara que no aplicaría el párrafo 3 del proyecto de artículo 9 y que impondría en su lugar criterios más estrictos basados en la variante B. No obstante, tras un debate, se prefirió mantener en el texto únicamente la variante A.

58. A reserva de las enmiendas sugeridas y de las observaciones hechas, el Grupo de Trabajo aprobó en general el contenido del proyecto de artículo.

Artículo 10 [11]. Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos

59. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> "1. El mensaje de datos se tendrá por expedido en el momento en que dicho mensaje entre en un sistema de información que no esté bajo el control

[14] Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.02.V.8.

del iniciador o de la persona que haya enviado el mensaje de datos en nombre del iniciador.

2. El momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue:

a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, se tendrá por recibido el mensaje de datos en el momento en que dicho mensaje entre en el sistema de información designado;

b) Si el destinatario ha designado un sistema de información para recibir el mensaje de datos, pero dicho mensaje se envía a otro sistema de información del destinatario, el mensaje de datos se tendrá por recibido en el momento en que el destinatario lo recupere;

c) Si el destinatario no ha designado a tal efecto ningún sistema de información, el mensaje de datos se tendrá por recibido cuando entre en un sistema de información del destinatario, salvo que ...

[Variante A

... ningún motivo razonable justifique que el iniciador haya optado por ese determinado sistema de información para enviar su mensaje de datos, habida cuenta de las circunstancias del caso y del contenido del mensaje de datos.] [o]

[Variante B

... el destinatario no tenga ningún motivo razonable para esperar que el mensaje de datos le sea enviado a ese determinado sistema de información.]

3. El párrafo 2 del presente artículo será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en un lugar distinto del lugar en que el mensaje se tenga por recibido conforme al párrafo 5 del presente artículo.

4. Cuando el iniciador y el destinatario utilicen un mismo sistema de información, el mensaje de datos se tendrá por expedido y por recibido cuando sea susceptible de ser recuperado y procesado por el destinatario.

5. El mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, como se determine de conformidad con el artículo 7."

60. El Grupo de Trabajo recordó que, exceptuando el proyecto de párrafo 4, las reglas enunciadas en el proyecto de artículo se basaban en el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, con algunos ajustes para armonizar el estilo de cada disposición con el estilo empleado en el resto del proyecto de convención. Se recordó asimismo que se habían redactado de nuevo los proyectos de párrafo 1 y 2, pues se había considerado que sus anteriores enunciados no eran claros (véase A/CN.9/528, párrs. 140, 148 y 149). El Grupo de Trabajo tomó nota también del documento preparado por la Secretaría que trataba, entre otras

cosas, del tiempo de la recepción y del envío de mensajes de datos y de la formación de contratos (véase A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.2) y en el que se examinaban disposiciones de derecho interno que regulaban la cuestión del momento en que un mensaje de datos debía tenerse por expedido y por recibido.

Párrafos 1 y 2

61. El Grupo de Trabajo señaló que uno de los principales objetivos del proyecto de convención era dar orientaciones que permitieran aplicar, en el contexto de la contratación electrónica, conceptos tradicionalmente empleados en los convenios internacionales y en el derecho interno, como los de "envío" y "recepción" de comunicaciones. Dado que esos conceptos tradicionales eran esenciales para la aplicación de las reglas sobre la formación de contratos conforme al derecho interno y a los instrumentos de derecho uniforme, se sostuvo que un importante objetivo del proyecto de convención era prever conceptos funcionalmente equivalentes para las comunicaciones electrónicas. Se apoyó decididamente ese objetivo y, en general, la idea de que la cuestión debería tratarse en el proyecto de convención.

62. No obstante, se recordó al Grupo de Trabajo que ya había debatido largamente los proyectos de párrafo 1 y 2 en sus períodos de sesiones 39º y 41º (véanse respectivamente los documentos A/CN.9/509, párrs. 93 a 98, y A/CN.9/528, párrs. 137 a 151). Los aspectos de esas disposiciones que habían suscitado críticas eran principalmente el significado de la expresión "sistemas de información" y la complejidad que parecía tener el proyecto de artículo, particularmente al distinguir entre sistemas de información "designados" y "no designados". Se invitó al Grupo de Trabajo a examinar propuestas para resolver esos problemas.

63. Según una delegación, el principal problema que planteaba el proyecto de artículo, tal como se había dicho en anteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, era el hecho de que establecía el concepto de "sistema de información" como criterio para determinar el tiempo del envío y de la recepción de mensajes de datos. Se estimó que esa solución era inapropiada en el contexto de comunicaciones esencialmente electrónicas, dado que cabría entender que el concepto de sistema de información implicaba la existencia de equipo para transmitir y procesar mensajes de datos. Se propuso que, en vez de recurrir al concepto de sistema de información, el proyecto de artículo estableciera el criterio del control de un mensaje de datos para determinar el momento en que el mensaje era expedido y el momento en que era recibido.

64. Sobre esta base, se sugirió que los párrafos 1 y 2 del artículo 10 dispusieran que el mensaje de datos se tendría por expedido en cuanto saliera de la esfera de control del iniciador y a condición de que fuera enviado de una manera que el destinatario hubiera consentido. Además, el mensaje debería tenerse por recibido a partir del momento en que el destinatario pudiera recuperarlo y procesarlo o, si no era enviado del modo propuesto por el destinatario, en el momento en que éste tuviera conocimiento del mensaje.

65. Se propuso también al Grupo de Trabajo una enmienda a la totalidad del proyecto de artículo 10, cuyo texto era el siguiente:

> "1. El mensaje de datos se tendrá por expedido en el momento en que dicho mensaje entre en un sistema de información que no esté bajo el control

del iniciador o de la persona que haya enviado el mensaje de datos en nombre del iniciador.

2. El mensaje de datos se tendrá por recibido en el momento en que dicho mensaje sea susceptible de ser recuperado por el destinatario o por cualquier otra persona designada por éste.

[3. Todo mensaje de datos enviado a un sistema de información automatizado se tendrá por recibido en el momento en que dicho mensaje pueda ser procesado por el sistema de información automatizado.]"

66. Varias delegaciones apoyaron con vehemencia esta propuesta, que daba al Grupo de Trabajo una buena base para continuar sus deliberaciones. Se consideró que la sustitución de las diversas circunstancias enunciadas en el proyecto de párrafo 2 por simples reglas generales basadas en el control del mensaje de datos o en la capacidad para recuperarlo ofrecía una solución más adecuada para un instrumento de derecho uniforme.

67. Se observó que los distintos criterios para determinar el momento de recepción del mensaje de datos, que se enunciaban en los apartados b) y c) del párrafo 2, podían generar resultados dispares. Por ejemplo, si en el concepto de "sistema de información" entraban los sistemas que transmitían mensajes de datos a sus destinatarios, entre ellos, por ejemplo, un servidor externo, en virtud del apartado c) cabría considerar que el destinatario había recibido el mensaje de datos aun cuando el mensaje se hubiera perdido antes de su recuperación, siempre y cuanto esa pérdida se hubiera producido después de que el mensaje hubiera entrado en el sistema del servidor y siempre que ese sistema fuera un "sistema de información designado". En cambio, en virtud del apartado b), no podría considerarse que el destinatario había recibido el mensaje perdido al no haber podido recuperarlo, simplemente porque el sistema de información del servidor no había sido "designado" por el destinatario. Se sostuvo que esta disparidad de efectos no estaba justificada y obedecía únicamente a la complejidad del proyecto de párrafo.

68. Otra ventaja de la formulación de diferentes opciones del tenor de las propuestas presentadas radicaba en que éstas ya no preveían el concepto de "sistema de información", que se consideraba ambiguo y que podía dar pie a interpretaciones distintas en función de si se consideraba que en dichos sistemas entraban, por ejemplo, los buzones electrónicos, el servidor de una empresa, un servidor externo o una red cerrada, sólo algunos de estos elementos o todos ellos. En cambio, la propuesta de referirse al momento en que un mensaje era susceptible de ser recuperado aportaba suficientes elementos a un tribunal judicial o arbitral para determinar, en caso de controversia al respecto, si un mensaje se había efectivamente recibido.

69. Frente a esta opinión se señaló que, al tratar de redactar el proyecto de convención con simplicidad, una cualidad que, de por sí, podía suscitar el apoyo de la comunidad empresarial, no debería descuidarse la necesidad de dar al texto un alto nivel de previsibilidad y de certeza con respecto a la formación de contratos. Se subrayó con énfasis que, en cuestiones tan importantes como las del momento y del lugar de la formación de los contratos, la necesidad de certeza era primordial. A este respecto, se estimó que las variantes propuestas para los proyectos de párrafo 1 y 2 eran vagas y no respondían suficientemente a las necesidades prácticas de los

usuarios del comercio electrónico. Se argumentó que el iniciador de un mensaje de datos no tenía medios para comprobar en qué momento un mensaje que hubiera entrado en un sistema de información fuera de su control podía ser recuperado en dicho sistema. Al suprimir el elemento de la entrada de un mensaje en un determinado sistema de información, las variantes propuestas eliminaban el único factor objetivo de que disponían las partes para determinar de antemano el momento en que sus mensajes adquirirían eficacia. Convendría que el proyecto de artículo despejara toda duda, con lo que se evitarían controversias y demandas, en vez de limitarse a enunciar reglas aplicables *a posteriori* para resolver controversias originadas precisamente por la incertidumbre del texto respecto del momento de recepción de un mensaje de datos. Si el concepto de "sistema de información" planteaba problemas, en vez de abandonar este útil concepto, sería preferible perfeccionar la definición enunciada en el apartado e) del proyecto de artículo 5.

70. También se pusieron reparos ante las variantes propuestas por el hecho de que parecían eliminar el concepto de "sistema de información designado". Se insistió en que se mantuviera ese concepto en el proyecto, ya que permitía a las partes elegir un determinado sistema de información para recibir ciertas comunicaciones, por ejemplo, especificando en una oferta la dirección a la que debía enviarse la aceptación. Se consideró que esta posibilidad tenía una gran importancia práctica, en particular para las grandes empresas que utilizaban diversos sistemas de comunicación ubicados en diferentes lugares y que no podían prestar la misma atención a todos los sistemas de información de que disponían. Por ejemplo, no sería razonable que una gran empresa debiera quedar vinculada por el contenido de mensajes de datos enviados tan sólo a alguno de sus diversos buzones electrónicos por la simple razón de que los mensajes hubieran pasado a ser "susceptibles de ser recuperados" por la empresa.

71. Además, se señaló que los proyectos de párrafo 1 y 2 se basaban en disposiciones de probada eficacia, enunciadas en el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que ya se había incorporado al derecho interno de varios Estados. Se argumentó que esas soluciones protegían los intereses del iniciador, que, de otro modo, dependería de si el destinatario quisiera darse o no por enterado del mensaje de datos y estaría expuesto a las consecuencias de un posible mal funcionamiento del sistema del destinatario. Se consideró que las variantes propuestas que se examinaban ofrecían la solución opuesta, al imponer al iniciador toda la carga de la prueba de la recepción de un mensaje de datos. Se estimó que el Grupo de Trabajo debería guiarse por principios y no apartarse de los criterios que había establecido en textos anteriores, con la aprobación de la Comisión, salvo si se demostraba que ese cambio de criterios era necesario.

72. El Grupo de Trabajo examinó detenidamente las diversas opiniones que se habían expresado sobre los proyectos de párrafo. Según una opinión muy difundida en el Grupo de Trabajo, las variantes propuestas contenían elementos positivos que merecían un mayor examen y que podían ser útiles para resolver algunos de los problemas que se habían planteado en relación con los párrafos 1 y 2. Al mismo tiempo, las delegaciones eran cada vez más conscientes de que esas propuestas carecían de elementos positivos que ayudaran a determinar el momento en que un mensaje adquiría eficacia; en el texto actual, ese momento estaba en función de la "entrada" del mensaje en un sistema de información. El Grupo de Trabajo observó asimismo que, por compleja que pareciera la distinción entre sistemas "designados"

y "no designados", esa distinción tenía utilidad práctica, pues no debería considerarse que el destinatario había recibido mensajes enviados a un sistema de información en que, conforme a criterios razonables, no pudiera esperar recibirlos.

73. Según una sugerencia, una posibilidad de resolver esa situación consistiría en combinar algunos de los elementos propuestos con partes del texto existente de modo que, por el hecho de que un mensaje hubiera entrado en un sistema de información del destinatario, se creara la presunción de tener conocimiento de un mensaje (en el sentido de que fuera "accesible" o de que "pudiera conocerse"), siempre y cuando el iniciador eligiera el sistema con un criterio razonable. Así, se propuso la siguiente nueva versión del proyecto de párrafo 2:

> "El mensaje de datos se tendrá por recibido en el momento en que sea susceptible de ser recuperado por el destinatario o por cualquier otra persona designada por éste. Se presumirá que un mensaje de datos es susceptible de ser recuperado por su destinatario cuando el mensaje entre en un sistema de información del destinatario, a menos que el iniciador no haya seguido un criterio razonable al elegir ese determinado sistema de información para enviar el mensaje de datos, habida cuenta de las circunstancias del caso y del contenido del mensaje de datos."

74. El Grupo de Trabajo convino en general en que la nueva propuesta de proyecto de párrafo 2 constituía una buena base para resolver los problemas que había encontrado el Grupo de Trabajo. Se señaló que, al vincularse la capacidad para recuperar un mensaje de datos con el momento en que el mensaje entrara en un sistema de información del destinatario, se trasladaba eficazmente al contexto electrónico el concepto de que, para ser eficaz, toda comunicación contractual debía llegar al destinatario entrando en su esfera de control; este concepto estaba implícito, por ejemplo, en el artículo 24 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. De este modo, la nueva propuesta daría lugar al mismo resultado que las diversas situaciones previstas en el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[13], aunque con un enunciado distinto. Frente a la objeción de que la nueva propuesta omitía toda referencia al acuerdo al que llegaran las partes para utilizar un determinado medio de comunicación, se indicó que la cuestión del consentimiento de una parte para realizar operaciones por medios electrónicos ya se regulaba en el párrafo 2 del proyecto de artículo 8. Por otra parte, la elección de un determinado medio de comunicación electrónica era una posibilidad implícitamente prevista en la condición del "criterio razonable" enunciada en la última parte de la nueva propuesta. De hecho, esta nueva propuesta preservaba el derecho del destinatario a elegir el sistema de información que prefiriera para recibir mensajes de datos, ya que el destinatario podría, por ejemplo, impugnar la elección de una determinada dirección electrónica por el iniciador argumentando que, al elegir dicho sistema, el iniciador había hecho caso omiso de que el destinatario había designado otro sistema, con lo cual no había seguido un criterio razonable.

75. En vista de lo anterior, el Grupo de Trabajo convino en general en que la nueva variante propuesta podía reemplazar el texto existente del proyecto de párrafo 2 y decidió mantenerla como base para ulteriores deliberaciones al respecto. No obstante, el Grupo de Trabajo señaló que tal vez tuviera que volver a examinar la definición de "sistema de información" en el proyecto de artículo 5, a fin de

asegurar que reglamentara adecuadamente las circunstancias a las que se aplicaba el proyecto de artículo 10.

76. Tras aceptar en principio la nueva formulación del proyecto de párrafo 2, el Grupo de Trabajo pasó a examinar de nuevo el párrafo 1. Según una delegación, el criterio enunciado en ese proyecto de párrafo para determinar el momento de envío de un mensaje de datos era inadecuado, pues consideraba que el envío se producía en el momento en que el mensaje de datos entraba en un sistema de información fuera del control del iniciador. Se consideraba más lógico disponer que el mensaje se tendría por expedido en el momento en que saliera de la esfera de control del iniciador o, para emplear la terminología del proyecto de convención, en el momento en que saliera de un sistema de información que estuviera bajo el control del iniciador. Esta propuesta recibió un fuerte apoyo de las delegaciones por estimarse que era más acorde con el concepto de envío que el enunciado actual.

77. No obstante, hubo también una fuerte oposición a que se modificara el criterio actualmente enunciado en el proyecto de párrafo. Se observó que la salida de un sistema de información controlado por el iniciador y la entrada en otro sistema de información fuera de su control eran dos aspectos de una misma situación, puesto que los mensajes solían salir de un sistema de información para entrar en otro. Se sostuvo que el actual enunciado, que era también el del párrafo 1 del artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[13], era preferible porque se basaba en un elemento sobre el cual las partes tendrían fácilmente acceso a pruebas, habida cuenta de que los protocolos de transmisión de mensajes de datos solían registrar el momento de entrega de los mensajes al sistema de información del destinatario o a sistemas intermediarios de transmisión, pero normalmente no indicaban el momento en que los mensajes salían de sus propios sistemas.

78. En vista de lo anterior, el Grupo de Trabajo convino en que en el párrafo 1 se insertaran las dos variantes entre corchetes para que el Grupo de Trabajo las reexaminara ulteriormente.

79. Posteriormente, tras concluir sus deliberaciones sobre el proyecto de párrafo 4 (véase el párrafo 83 *infra*), el Grupo de Trabajo convino en que se reformulara el texto del párrafo 1, para ulteriores deliberaciones, con palabras del siguiente tenor:

> "El mensaje de datos se tendrá por expedido en el momento en que dicho mensaje [entre en un sistema de información que esté fuera del control del iniciador o de la persona que haya enviado el mensaje de datos en nombre del iniciador] [salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la persona que haya enviado el mensaje de datos en nombre del iniciador], o, si el mensaje no ha [entrado en un sistema de información que esté fuera del control del iniciador o de la persona que haya enviado el mensaje de datos en nombre del iniciador] [salido de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la persona que haya enviado el mensaje de datos en nombre del iniciador], en el momento en que el mensaje se reciba."

80. El Grupo de Trabajo tomó nota, a este respecto, de las sugerencias hechas para mejorar la redacción del párrafo 1, incluida la propuesta de sustituir las palabras "el mensaje de datos se tendrá por expedido" por las palabras "el mensaje de datos se

habrá expedido". Según otra sugerencia, habría que emplear las palabras "se presumirá que el mensaje de datos se ha expedido".

Párrafo 3

81. Una delegación preguntó si el proyecto de párrafo resultaba necesario en el contexto del proyecto de convención, habida cuenta de que las cuestiones relativas al tiempo de la recepción se regulaban en el párrafo 2 y la ubicación de las partes se trababa en el párrafo 5. Se respondió que el proyecto de artículo no sólo tenía la finalidad de aclarar que un mensaje de datos podía tenerse por recibido aun cuando el lugar en que se produjera la recepción (es decir, el lugar en que se encontrara el sistema de información en el que entrara el mensaje) no coincidiera con el del establecimiento de las partes. Esta aclaración era útil en el contexto de las comunicaciones electrónicas, dado que, a diferencia de la situación normal de las comunicaciones postales, que solían entregarse en los locales de la parte, los mensajes de datos podían considerarse recibidos cuando llegaran a sistemas de información situados fuera del establecimiento de una parte.

82. A reserva de la propuesta de insertar el proyecto de párrafo 3 después del actual párrafo 5, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de párrafo.

Párrafo 4

83. Se sugirió que se suprimiera el párrafo 4, ya que el concepto de recepción de un mensaje de datos a partir del momento en que sea susceptible de ser recuperado ya se enunciaba en la nueva versión del párrafo 2 (véase el párrafo 73 *supra*). No obstante, se señaló que el párrafo 2 sólo regulaba la recepción de un mensaje de datos, mientras que en el párrafo 4 se establecían también reglas para el envío de un mensaje cuando ambas partes estuvieran en el mismo sistema de información. Tras examinar estas opiniones, el Grupo de Trabajo convino en que las reglas sobre el envío de mensajes enunciadas en el párrafo 4 se incorporaran al párrafo 1 (véanse los párrafos 76 a 80 *supra*) y en que por el momento se suprimiera el párrafo 4. El Grupo de Trabajo no llegó a un consenso sobre si el concepto de mensajes enviados dentro de un mismo sistema de información era realista o relevante.

Párrafo 5

84. No se hicieron observaciones en relación con este proyecto de párrafo, que en general fue aprobado por el Grupo de Trabajo.

Propuesta de párrafo suplementario

85. Se señaló que el proyecto de artículo 10 no enunciaba una regla apropiada para la recepción de mensajes comunicados mediante sistemas de información automatizados. Se observó que, al deliberar sobre esta cuestión, el Grupo de Trabajo debería tener en cuenta que las negociaciones contractuales a través de un sistema de información automatizado (por ejemplo, las relativas a la venta de billetes de avión) reflejaban ampliamente el modelo de las comunicaciones "cara a cara" o "instantáneas". Sobre esta base, se indicó que todo mensaje enviado a un sistema de información automatizado debería tenerse por recibido a partir del momento en que fuera susceptible de ser procesado por el sistema de información automatizado. Se señaló que la enmienda propuesta regulaba la situación en que se procesaba un

mensaje de datos sin ninguna otra intervención del destinatario que administrara el sistema de información automatizado.

86. Se convino en que el examen de la cuestión de los sistemas de información automatizados se aplazara hasta que el Grupo de Trabajo hubiera examinado el proyecto de artículo 14. A este respecto, se advirtió al Grupo de Trabajo de que no debería establecer, respecto de los sistemas de información automatizados, una regla diferente de la que fuera generalmente aplicable a la recepción de mensajes de datos. Se observó asimismo que posiblemente la nueva versión del párrafo 2 (véase el párrafo 73 *supra*) ya abarcaba el concepto de recepción de mensajes de datos en sistemas de información automatizados. Sobre esta base, el Grupo de Trabajo convino en volver a examinar la cuestión relativa a los sistemas de información automatizados en el contexto de sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo 14.

Artículo 11 [15]. Información de carácter general que toda parte ha de facilitar

87. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> "[En todo mensaje de datos que se utilice para anunciar u ofrecer bienes o servicios deberá figurar la siguiente información:
>
> a) El nombre de la persona en cuyo nombre se haga el anuncio o la oferta y, si se trata de una persona jurídica, su razón social y el lugar de inscripción registral, organización o constitución;
>
> b) El lugar y la dirección en que esa persona tenga su establecimiento, incluida su dirección de correo electrónico y toda otra seña que permita establecer contacto con ella.]"

88. El Grupo de Trabajo observó que este proyecto de artículo, que se inspiraba en el párrafo 1 del artículo 5 de la Directiva 2000/31/EC de la Unión Europea ("la Directiva de la UE"), se había colocado entre corchetes debido a que el Grupo de Trabajo no había llegado a un consenso sobre la necesidad de introducir esta disposición en el texto (véase A/CN.9/509, párrs. 61 a 65). En su forma actual, el proyecto de artículo no preveía sanciones ni consecuencias en caso de que una parte no facilitara la información requerida; esta cuestión aún tenía que examinarse en el Grupo de Trabajo (véanse A/CN.9/509, párr. 123, y A/CN.9/527, párr. 103).

89. El Grupo de Trabajo señaló que este proyecto de artículo había suscitado un amplio debate durante su 39º período de sesiones. En aquella ocasión, muchas delegaciones habían considerado muy conveniente este proyecto de artículo, pero también habían sido numerosas las delegaciones que lo habían considerado muy controvertido (A/CN.9/509, párrs. 60 a 65). Esta disparidad de opiniones también se había hecho patente en el actual período de sesiones.

90. Hubo delegaciones que apoyaron con vehemencia el proyecto de artículo por estimar que contenía importantes elementos para ayudar a las partes a determinar si una operación concreta se consideraría de carácter nacional o internacional, y para adoptar las medidas necesarias para proteger sus derechos, en particular en caso de controversias o demandas. Se sostuvo que el proyecto de artículo no era excesivamente exigente y que no imponía una carga irrazonable a las entidades comerciales, dado que no requería datos sobre los asuntos internos de las empresas

sino información de carácter general. A las entidades comerciales que realizaran actividades mercantiles lícitas no debería preocuparles la obligación de revelar su identidad y la ubicación de sus establecimientos.

91. Además, el hecho de que los instrumentos internacionales de derecho mercantil uniforme no previeran obligaciones similares para las operaciones realizadas por medios tradicionales no era óbice para que se introdujeran requisitos concretos para las operaciones llevadas a cabo por medios electrónicos. El comercio electrónico era un fenómeno relativamente nuevo y, como tal, podía justificar la adopción de nuevas reglas jurídicas. En las comunicaciones no electrónicas, sería inconcebible que pudiera celebrarse un contrato entre partes que desconocieran la identidad o la ubicación de las otras partes. No obstante, se señaló que ciertas técnicas de negociación, como la contratación a través de Internet, podían permitir la plena ejecución de los contratos y el pago sin que las partes tuvieran acceso a más información que la que hubieran revelado en sus mensajes de datos. Fomentando buenas reglas mercantiles, como los requisitos de revelación de información básica, se lograría una mayor seguridad jurídica, una mayor transparencia y una mayor confianza en el comercio electrónico. Si se consideraba que la disposición era demasiado rígida, podría flexibilizarse dejando las eventuales sanciones en manos del derecho aplicable. También podría mitigarse el carácter reglamentario del proyecto de artículo eliminando la referencia a “anuncios”, que tal vez pudiera, en opinión de algunas delegaciones, plantear conflictos con la legislación sobre la protección del consumidor y la publicidad. Sin embargo, habría que mantener todo el proyecto de artículo en el texto.

92. Según la opinión opuesta, que también recibió un fuerte apoyo, el proyecto de artículo era de carácter reglamentario y era un error insertar tal disposición en un instrumento de derecho mercantil; además, sus requisitos mermaban indebidamente la capacidad de las empresas y podían ir en detrimento de algunas de las prácticas comerciales existentes. Los requisitos de revelación de datos como los enunciados en el proyecto de artículo eran análogos a los que solían figurar en textos jurídicos que reglamentaban principalmente la protección del consumidor, como era el caso de la Directiva de la Unión Europea en que se basaba el proyecto de disposición. Sin embargo, en el caso de estos otros instrumentos, las disposiciones reglamentarias de esta naturaleza se complementaban con una serie de medidas administrativas y de otra índole que no podían enunciarse en el proyecto de convención.

93. Se argumentó también que no existían obligaciones similares para las operaciones comerciales realizadas fuera del ámbito electrónico, y que no se promovería el comercio electrónico sometiéndolo a obligaciones tan especiales. Además, en determinadas situaciones, como en algunos mercados financieros o en modelos comerciales como las plataformas de subasta por Internet, era habitual que tanto los vendedores como los compradores se identificaran únicamente con seudónimos o con códigos durante toda la fase de negociación o licitación. Había también sistemas en los que intervenían intermediarios comerciales y en los que no se revelaba la identidad del proveedor a los posibles compradores. Las partes en este tipo de operaciones tenían diversos motivos lícitos para mantener secreta su identidad, concretamente sus estrategias de negociación, y no se negaban a revelar sus nombres o la ubicación de sus establecimientos por motivos indebidos o por temor a sanciones jurídicas. Además, se observó que una disposición como el

proyecto de artículo sería ineficaz, fuera cual fuera la finalidad con que se adoptara. En la mayoría de las circunstancias, las partes tendrían un interés comercial en revelar sus nombres y la ubicación de sus establecimientos sin necesidad de que la ley las obligara a hacerlo. Así pues, el proyecto de convención no podría contribuir a mejorar la seguridad jurídica. Por otra parte, si el propósito de la disposición era combatir el fraude y obstaculizar la utilización del comercio electrónico con fines ilícitos, el proyecto de convención tampoco sería un mecanismo eficaz, ya que no podía complementarse con los tipos de sanciones que resultaran disuasorias. Se advirtió además al Grupo de Trabajo de que no convenía que el proyecto de artículo se viera como un intento de establecer normas de jurisdicción o competencia, lo cual no entraba en el ámbito del proyecto de convención.

94. El Grupo de Trabajo examinó con detenimiento las diversas opiniones expresadas. Hubo acuerdo general en lo que respecta al objetivo global de la formulación de reglas o principios que contribuyan a dar una mayor seguridad jurídica a las operaciones y a fomentar la confianza en el comercio electrónico, por ejemplo, promoviendo la transparencia y ayudando a las partes a obtener los medios para determinar la ley que rija sus operaciones. No obstante, ante la disparidad de criterios sobre la conveniencia y utilidad del proyecto de artículo, se invitó al Grupo de Trabajo a que estudiara posibles variantes que permitieran llegar a una solución de transacción.

95. Se opinó que una de esas opciones podría consistir en reformular el proyecto de párrafo en términos que invitaran o exhortaran a las partes comerciales a revelar la información mencionada, por ejemplo, sustituyendo las palabras “deberá figurar la siguiente información” por las palabras “podrá figurar la siguiente información”. Esta propuesta fue objeto de reservas por estimarse que daría a todo el artículo un carácter optativo, con lo cual no se lograría el objetivo de asegurar la obtención de un mínimo de información. Se sugirió también que el proyecto de artículo quedara sujeto al principio de la autonomía de las partes, de tal modo que pudiera considerarse que una parte que se dispusiera a realizar operaciones comerciales con otra parte que no hubiera revelado su identidad ni la ubicación de su establecimiento había renunciado a exigir el cumplimiento de los requisitos del proyecto de artículo 11. Esta propuesta también fue objeto de críticas, pues podía dar pie a conflictos con las reglamentaciones internas o regionales que exigieran la revelación de la información prevista en el proyecto de artículo sin autorizarlas u obviar esos requisitos.

96. Otras opciones presentadas para superar las objeciones suscitadas por el proyecto de artículo consistían en que se excluyeran determinadas situaciones como, por ejemplo, cuando las partes negociaran en redes cerradas a las que hubieran tenido acceso previa identificación, o cuando las partes ya hubieran tenido tratos de esta índole o estuvieran convencidas de que se les había facilitado o de que podría facilitárseles la información requerida. Frente a esta propuesta se argumentó que sería difícil definir estas situaciones concretas y que, en cualquier caso, no permitirían mantener totalmente el anonimato de las partes. Además, los ejemplos de modelos comerciales en que las partes actuaban con seudónimos, como las plataformas de subastas por Internet, eran utilizados normalmente por consumidores, cuyos intereses se protegían mediante reglamentaciones concretas.

97. A este respecto, se expresó la opinión de que los problemas que planteaba el proyecto de artículo eran fruto, al menos en parte, de su carácter evidentemente imperativo. Se sostuvo que esos problemas podrían evitarse reformulando el artículo como disposición que exhortara a las partes a que se abstuvieran de hacer falsas declaraciones sobre su identidad o ubicación. Según otra propuesta encaminada a eludir los problemas de las sanciones que cabría imponer a una parte que no revelara la información requerida, se sugirió insertar en el proyecto de artículo una disposición similar al párrafo 2 de los artículos 8 y 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas[14], en virtud del cual las partes estarían sujetas a las consecuencias jurídicas de su incumplimiento de dichas disposiciones. Estas propuestas suscitaron objeciones de algunas delegaciones, a juicio de las cuales la referencia a posibles sanciones en virtud del derecho interno no daría una mayor seguridad jurídica al proyecto de artículo, y, por lo demás, una disposición que exhortara a las partes a no hacer declaraciones fraudulentas no sería compatible con un instrumento de derecho mercantil como el que pretendía ser el proyecto de convención.

98. Otro problema que suscitó el proyecto de artículo durante los debates era el hecho de que sólo imponía el deber de revelar datos a la parte que ofreciera bienes o servicios, pero no a la otra parte contratante. Se sostuvo que esto demostraba la finalidad original de la disposición que, según esta opinión, era principalmente la de regular la protección del consumidor. Se respondió que, al imponerse a la parte que ofreciera bienes o servicios ese deber de revelar información, se había seguido, en el proyecto de artículo, un criterio lógico, ya que ésta era la parte que trataba de llegar a un máximo número de personas. Correspondería al oferente establecer su sistema de negociación de tal modo que facilitara a las partes interesadas los medios para proporcionar su propia información detallada, o de tal modo que se les requiriera hacerlo. En cualquier caso, sin embargo, dado que la parte que reaccionara ante una oferta podía verse instada, por ejemplo, a efectuar un pago inmediato o a revelar información de carácter personal, o dado que dicha parte podría tener un interés legítimo en obtener la información necesaria para proteger sus derechos, por ejemplo, en caso de demanda judicial, era razonable que el proyecto de artículo impusiera la obligación de revelar datos a la parte que hiciera la oferta inicial.

99. Se expresó la opinión de que ninguna de las propuestas era suficiente para resolver los problemas que planteaba el proyecto de artículo, el cual tal vez debiera ser objeto de una amplia reestructuración o ser suprimido. Se observó, a este respecto, que los artículos 1 y 7 ya ofrecían un marco aceptable para determinar la ubicación de las partes, y que no se precisaría información suplementaria para determinar el derecho que regía un determinado contrato.

100. A fin de dar al proyecto de artículo una mayor flexibilidad, se propuso, después de examinar todas estas consideraciones, que se enmendara el proyecto de artículo dándole el carácter de disposición facultativa con un texto del siguiente tenor:

> "1. A efectos de perfeccionar un contrato, cada una de las partes revelará a la otra parte:
>
> a) Su denominación jurídica o su identidad;

b) El lugar en que se comunica electrónicamente con la otra parte a efectos de contratación; y

c) Un método para ponerse en contacto con la otra parte por medios electrónicos.

2. Se eximirá a las partes de la obligación de revelar los datos enunciados en el párrafo 1 si dichas partes ya han celebrado anteriormente contratos entre ellas o si cabe presumir que ya tienen conocimiento de la información exigida en dicho párrafo.

3. Si una parte incumple los requisitos enunciados en este artículo, la presente convención no será aplicable al contrato."

101. El Grupo de Trabajo agradeció los esfuerzos realizados para lograr un consenso viable sobre el artículo examinado. No obstante, la nueva propuesta suscitó críticas, no sólo de las delegaciones que apoyaban el proyecto de artículo 11 sino también de las que proponían su supresión. Por una parte, hubo objeciones por el hecho de que la propuesta daba al cumplimiento de los requisitos un carácter facultativo, cuando esos requisitos deberían regularse con criterios de orden público y, por lo tanto, deberían ser imperativos. Por otra parte, se sostuvo que la propuesta impediría que se cumpliera el objetivo intrínseco del proyecto de convención, al excluir automáticamente todo contrato celebrado en violación del artículo 11 de los beneficios de una mayor uniformidad y seguridad jurídica que pretendía lograr el proyecto de convención.

102. Habida cuenta de que no podían superarse las divergencias sobre este proyecto de artículo en el Grupo de Trabajo, se sugirió enfocar la cuestión desde otro ángulo, a saber, formulando una disposición que reconociera la posible existencia de requisitos de revelación de información en el derecho sustantivo que rigiera el contrato, y que recordara a las partes su obligación de cumplir tales requisitos. Esa disposición podría insertarse en un lugar apropiado del capítulo I o del capítulo II del proyecto de convención y podría tener el siguiente tenor:

"Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a la aplicación de cualquier regla de derecho en virtud de la cual las partes deban revelar su identidad, la ubicación de su establecimiento u otros datos, ni eximirá de consecuencias jurídicas a una parte que haya hecho a este respecto declaraciones inexactas o falsas."

103. Según una opinión muy generalizada en el Grupo de Trabajo, el nuevo enfoque propuesto para regular los requisitos de revelación de datos constituía una buena base para llegar a un consenso al respecto. Se señaló que la nueva propuesta tenía la ventaja de poner de relieve la obligación de las partes de cumplir las disposiciones del derecho interno antes de recurrir a mensajes de datos a efectos de contratación. Si bien esa propuesta supondría la supresión del actual proyecto de artículo 11, reafirmaría el principio de la conveniencia de recordar a las partes la necesidad de seguir buenas prácticas al celebrar contratos por medios electrónicos. Se señaló además que con este nuevo enfoque se evitarían los conflictos entre las obligaciones imperativas de revelar datos impuestas por el derecho interno y las obligaciones similares previstas en la convención, en particular si estas últimas podían derogarse mediante un acuerdo entre las partes, como se había sugerido en el transcurso de las deliberaciones, dado que el derecho interno no siempre preveía tal posibilidad. Sin

embargo, el Grupo de Trabajo tomó nota de la opinión, que no era de una sola delegación, de que habría sido preferible que, en vez de dejar la cuestión de los requisitos de revelación de datos totalmente en manos del derecho interno, se enunciaran esos requisitos en el propio proyecto de convención, que era un instrumento de derecho uniforme.

104. A este respecto, el Grupo de Trabajo debatió con cierto detenimiento la cuestión de si la nueva disposición propuesta quedaría sujeta a la autonomía de las partes en virtud del proyecto de artículo 4, y de si convendría prever una excepción específica en dicho proyecto de artículo. El Grupo de Trabajo consideró en general que, dada la naturaleza de la nueva disposición, que remitía al derecho interno para los requisitos de revelación de datos, esos requisitos de derecho interno seguirían siendo aplicables, aun cuando las partes trataran de eludirlos excluyendo la aplicación de la nueva disposición.

105. A reserva de que el Grupo de Trabajo adoptara ulteriormente una decisión definitiva sobre el lugar más apropiado del texto para insertar la nueva disposición, el Grupo de Trabajo convino en incorporar la nueva disposición al proyecto de convención y en suprimir el proyecto de artículo 11.

Artículo 12 [9]. Invitaciones para presentar ofertas

106. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

"Variante A

1. Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de uno o más mensajes de datos que no vaya dirigida a una o a varias personas determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda persona que haga uso de un sistema de información, se tendrá por una mera invitación para presentar ofertas, salvo que en ella se indique la intención de la persona que presenta la propuesta de quedar obligada en caso de aceptación.

2. Salvo indicación en contrario de la persona que la haya presentado, toda propuesta de celebrar un contrato hecha mediante una aplicación interactiva que permita hacer un pedido [automático] por dicho sistema de información constituirá una oferta y se presumirá que indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

Variante B

Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de uno o más mensajes de datos que no vaya dirigida a una o a varias personas determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda persona que haga uso de un sistema de información, así como toda propuesta hecha mediante una aplicación interactiva para hacer pedidos [automáticos] por dicho sistema, se tendrá por una invitación para presentar ofertas, salvo que en ella se indique claramente la intención de la persona que presenta la propuesta de quedar obligada en caso de aceptación."

Observaciones generales

107. Se invitó al Grupo de Trabajo a iniciar sus deliberaciones examinando si era necesario contar con una regla de derecho supletorio para determinar cuándo debía considerarse que una parte que hubiera presentado una propuesta de celebrar un contrato por medio de mensajes de datos había hecho una oferta vinculante, y en qué circunstancias podía considerarse que las partes estaban obligadas por ofertas realizadas mediante sistemas automatizados. Se observó que la disposición estaba inspirada en el párrafo 1 del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y era el resultado de una analogía entre las ofertas hechas por medios electrónicos y las ofertas hechas por medios más tradicionales (véase A/CN.9/509, párrs. 76 a 85). Se recordó que la regla general del párrafo 1 de la variante A y la variante B reflejaba el principio de que no debía considerarse que una parte que ofreciera bienes o servicios por medio de mensajes de datos que no fueran dirigidos a una o a varias personas determinadas había hecho una oferta vinculante, a menos que indicara claramente lo contrario. Esa regla general obedecía al temor a que la presunción de la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación de una propuesta hecha mediante una aplicación informática interactiva resultara perjudicial para los vendedores que sólo dispusieran de existencias limitadas de las mercancías ofrecidas, si se veían obligados a atender todos los pedidos recibidos de un número potencialmente ilimitado de compradores.

108. Se observó que el párrafo 1 de la variante A simplemente reafirmaba el principio general de que las ofertas de bienes o servicios a las que tuviera acceso un número ilimitado de personas no eran vinculantes, sino que debían considerarse invitaciones para presentar ofertas, mientras que en el párrafo 2 de esa misma variante se disponía que, como excepción a la regla general del párrafo 1, sería considerada oferta vinculante toda propuesta hecha mediante una aplicación interactiva. La variante B, que combinaba los párrafos 1 y 2 en una disposición única, consideraba una invitación a presentar ofertas toda propuesta de bienes o servicios, incluidas las que se hicieran mediante una "aplicación interactiva" (véase A/CN.9/528, párrs. 110 a 119).

109. Durante el examen del proyecto de artículo, se informó al Grupo de Trabajo de cómo se habían aplicado los conceptos tradicionales de oferta y aceptación a las negociaciones contractuales por medios electrónicos en el contexto de la doctrina jurídica y en la jurisprudencia. Se observó que en la doctrina existía una corriente importante según la cual podía no resultar apropiado trasladar sin cambios el modelo de la "invitación a presentar ofertas o a negociar" a las operaciones en Internet, y debía hacerse una distinción entre los sitios informáticos que ofrecían bienes o servicios mediante programas o aplicaciones interactivas y los que usaban aplicaciones no interactivas (véase A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.1, párrs. 4 a 7). El Grupo de Trabajo observó también que en algunos casos la jurisprudencia parecía apoyar la opinión de que las ofertas realizadas mediante los denominados acuerdos de "pulsar y comprar" (*click-wrap*) y en subastas por Internet podían considerarse vinculantes.

Elección entre las variantes A y B

110. Algunas delegaciones apoyaron la supresión del artículo. Se estimó que, al intentar abordar cuestiones de derecho sustantivo relativas a la formación del

contrato, el artículo trascendía el objetivo declarado del proyecto de convención de facilitar las operaciones electrónicas. Se opinó además que el artículo no constituía un complemento útil para las reglas que ya figuraban en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y que, por consiguiente, era una disposición redundante. No obstante esa opinión, el Grupo de Trabajo convino finalmente en que sería útil que en el proyecto de convención figurara algún tipo de aclaración al respecto, y en que las variantes del proyecto de artículo constituían un buen punto de partida para lograr ese objetivo. Por otra parte, se observó que la disposición era una regla de derecho supletorio que adaptaba adecuadamente al contexto electrónico una regla de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

111. En general se observó que, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, la propuesta de celebrar un contrato sólo constituía una oferta si se cumplían ciertas condiciones, concretamente que la propuesta fuera suficientemente precisa, indicara las mercaderías y, expresa o tácitamente, señalara la cantidad y el precio o previera un medio para determinarlos. Era importante revisar el proyecto de artículo para no dar a entender que la intención de una parte de quedar obligada era suficiente para que una propuesta se considerara una oferta, aunque no se cumplieran esos otros requisitos. El Grupo de Trabajo tomó nota de esa observación y acordó en que las observaciones hechas se tuvieran en cuenta al redactar una futura versión del proyecto de artículo.

112. Se apoyó la variante A, porque preveía una amplia gama de posibilidades y tenía en cuenta la intención de las partes. No obstante, se expresaron reservas por el hecho de que en el párrafo 2 de la variante A se presumía que las personas que hacían uso de aplicaciones interactivas para presentar ofertas tenían siempre la intención de hacer ofertas vinculantes, presunción que no reflejaba la práctica habitual en el mercado. Por lo tanto, si se mantenía en el texto la variante A, tal como se había sugerido, habría que suprimir el párrafo 2. No obstante se respondió que existían modelos comerciales basados en la regla de que las ofertas realizadas mediante aplicaciones interactivas constituían ofertas vinculantes. En esos casos, el posible problema de las limitadas existencias de un producto o de la oferta limitada de un servicio pertinente se resolvía especificando que las ofertas estaban limitadas por las cantidades disponibles y registrando automáticamente los pedidos en el orden cronológico en que se recibían.

113. En el Grupo de Trabajo prevaleció la opinión contraria al criterio enunciado en el párrafo 2 de la variante A. Sin embargo, al considerarse que, por sí solo, el párrafo 1 de la variante A apenas contribuía a la interpretación de las reglas pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, el Grupo de Trabajo decidió que sería preferible adoptar la variante B como base para seguir deliberando sobre ese proyecto de artículo.

114. Con respecto a la variante B, se planteó el inconveniente de que el concepto de "aplicación interactiva" se utilizaba de forma demasiado limitativa y que no estaba en consonancia con otras disposiciones del proyecto de convención, en las que se empleaba la expresión "sistemas de información automatizados". Frente a este argumento se recordó que en el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo se había decidido que, en el contexto del presente proyecto de artículo, la expresión "sistema de información automatizado" no ofrecía suficiente orientación, pues la

parte que hiciera un pedido tal vez no dispondría de medios para saber cómo se tramitaría el pedido o hasta qué punto el sistema de información estaba automatizado. Por otra parte, se consideró que el concepto de "aplicación interactiva" era una expresión objetiva que describía mejor una situación evidente para cualquier persona que tuviera acceso al sistema, a saber, que se le instaba a intercambiar información a través de ese sistema siguiendo instrucciones y dando respuestas inmediatas que parecían pasos totalmente automatizados. Se observó que no se trataba de un concepto jurídico sino de una expresión técnica que ponía de relieve que la disposición se centraba en lo que era evidente para la parte que activaba el sistema y no en la manera en que el sistema funcionaba internamente. Sobre esa base, el Grupo de Trabajo convino en mantener la expresión "aplicación interactiva" en el proyecto de artículo.

115. Se planteó el inconveniente de que la expresión "invitación para presentar ofertas" no resultaba apropiada, pues no se utilizaba en algunos ordenamientos jurídicos. Se propuso que se emplearan términos más neutrales, sustituyendo las palabras "se tendrá por una invitación para presentar ofertas" por palabras como "no se considerará una oferta". Si bien esta propuesta recibió cierto apoyo, se observó que el proyecto de texto reflejaba los términos empleados en el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y que el Grupo de Trabajo no debería apartarse de esos términos en la presente convención. Por esa misma razón, se retiraron las propuestas de suprimir la palabra "claramente" en la variante B, dado que este término también se utilizaba en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

116. El Grupo de Trabajo concluyó sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo acordando mantener la variante B como base para ulteriores debates.

Artículo 13 [8]. Utilización de mensajes de datos en la formación del contrato

117. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> "1. [La oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos]. No se negará validez o fuerza obligatoria [a un contrato] [al contrato ya formado] por la sola razón de que se haya utilizado un mensaje de datos [en su formación] [para transmitir la oferta o su aceptación].
>
> Variante A
>
> 2. Cuando se transmitan en forma de mensaje de datos, la oferta y su aceptación surtirán efecto al ser recibido su texto por el destinatario.
>
> Variante B
>
> 2. En todo supuesto en que el derecho interno de un Estado Contratante prevea determinados efectos en función del momento en que una oferta llegue a su destinatario o en que la aceptación de dicha oferta llegue al oferente, y cuando se utilice un mensaje de datos para transmitir dicha oferta o dicha aceptación, se considerará que el mensaje de datos llega al oferente o al destinatario de la oferta en el momento en que lo reciba la parte a la que vaya dirigido."

118. El Grupo de Trabajo observó que el proyecto de artículo contenía una serie de disposiciones sobre la eficacia de los mensajes de datos utilizados para transmitir ofertas contractuales o aceptaciones de ofertas. Se señaló que estas disposiciones habían figurado inicialmente, aunque con un enunciado distinto, en una versión anterior del proyecto de convención. Esa versión reflejaba las reglas esenciales de la formación de contratos enunciadas en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. El proyecto original de artículo había sido objeto de largos debates y de considerables críticas durante el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo, cuando éste decidió que se reformulara el proyecto y que las disposiciones sustantivas del proyecto de convención se limitaran a las que fueran estrictamente necesarias para facilitar la utilización de mensajes de datos en la formación de contratos internacionales (véase A/CN.9/509, párrs. 87 a 92). Posteriormente, en su 41º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó el proyecto de disposición, pero no pudo llegar a un acuerdo sobre si había que mantener o suprimir el proyecto de artículo. Tras examinar la opinión de que el proyecto de artículo contenía disposiciones útiles para facilitar la determinación del criterio aplicable a la formación de un contrato por medios electrónicos, el Grupo de Trabajo acordó pedir a la Secretaría que reformulara el proyecto de artículo para que pudiera examinarlo en una etapa ulterior (véase A/CN.9/528, párrs. 94 a 108). La versión actual del proyecto de artículo, en particular el párrafo 2, se había redactado teniendo en cuenta las sugerencias formuladas en aquel período de sesiones (véase A/CN.9/528, párrs. 105 y 106).

119. En el actual período de sesiones volvieron a expresarse fuertes reservas contra el mantenimiento de la totalidad del proyecto de artículo en el texto. Se estimó que esa disposición no trataba específicamente las cuestiones de contratación electrónica a las que el proyecto de convención debería limitarse. Se opinó que el proyecto de artículo debería suprimirse, incluso en su forma actual, en que se había tratado de limitar su alcance a las operaciones de comercio electrónico. Si la finalidad del proyecto de párrafo 1 era, por ejemplo, facilitar la determinación del momento de la formación de un contrato cuando se utilizaran mensajes de datos con este fin, la disposición resultaba innecesaria, dado que en el nuevo texto del párrafo 1 del proyecto de artículo 8 ya se reconocía expresamente la posibilidad de que se comunicaran ofertas y aceptaciones de ofertas mediante mensajes de datos.

120. Se consideró que el párrafo 2 debería suprimirse también, ya que sus dos variantes regulaban cuestiones de derecho contractual sustantivo, que no deberían verse afectadas por el proyecto de convención. En particular, se sostuvo que no debería tratarse de enunciar en el proyecto de convención una regla sobre el momento de la formación de un contrato, a fin de evitar que existieran dos regímenes y que, por una parte, las reglas del proyecto de convención rigieran el momento de la formación de un contrato de comercio electrónico y, por otra, el momento de formación de otros tipos de contratos que no entraran en el ámbito del proyecto de convención se determinara en virtud de otras reglas.

121. Tras examinar las diversas opiniones expresadas, el Grupo de Trabajo convino en suprimir el proyecto de artículo 13.

Artículo 14 [12]. Empleo de sistemas de información automatizados para la formación del contrato

122. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> "Podrá formarse un contrato por la interacción entre un sistema de información automatizado y una persona o por la interacción entre sistemas de información automatizados, aun cuando ninguna persona haya intervenido en los distintos actos realizados por dichos sistemas ni en el acuerdo resultante de tales actos."

123. El Grupo de Trabajo observó que, en su 39º período de sesiones, había decidido mantener en el texto el contenido de este proyecto de disposición (véase A/CN.9/509, párr. 103), que desarrollaba un principio enunciado en términos generales en el párrafo 2 b) del artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[13].

124. El Grupo de Trabajo convino en general en que el proyecto de artículo disipaba las posibles dudas sobre la validez de los contratos resultantes de la interacción entre sistemas de información automatizados. Se señaló que en algunos países se había estimado necesario, o al menos útil, incorporar disposiciones similares a sus respectivas legislaciones sobre el comercio electrónico.

125. Se observó que, si bien el proyecto de artículo estaba inspirado en el párrafo 2 b) del artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[13], las dos disposiciones diferían en cuanto a su finalidad. Mientras que el párrafo 2 b) del artículo 13 de la Ley Modelo regulaba la atribución de mensajes enviados a través de un sistema de información automatizado, el proyecto de artículo que se examinaba revestía el carácter de una norma contra la discriminación. No obstante, independientemente de ello, tal vez esta disposición no resultara necesaria, pues podía considerarse que su contenido ya se regulaba en el párrafo 1 del proyecto de artículo 8. Sería, pues, preferible complementar el proyecto de artículo con disposiciones claras sobre la atribución de los mensajes que fueran similares a las enunciadas en la Ley Modelo.

126. El Grupo de Trabajo convino en que había efectivamente una diferencia entre el proyecto de artículo y la disposición conexa de la Ley Modelo relativa a la atribución de los mensajes de datos, que se ocupaba esencialmente de los mensajes de datos individuales. En cambio, el proyecto actual iba más lejos y reconocía expresamente que los mensajes de datos intercambiados a través de sistemas de información automatizados podían crear obligaciones vinculantes, aun cuando ninguna persona física interviniera en los actos por los que se crearan obligaciones ni en el resultado de dichas obligaciones. Esta aclaración era importante y convendría mantenerla en el proyecto de convención. No era cierto que el contenido del proyecto de artículo ya estaba regulado por el párrafo 1 del proyecto de artículo 8, ya que ese párrafo se refería a una determinada clase de mensajes de datos.

127. Recibió cierto apoyo la propuesta de ampliar el alcance del proyecto de artículo para que contuviera reglas sobre la atribución de los mensajes de datos en que se puntualizara que todo contrato resultante de la interacción de una computadora con otra o con una persona sería atribuible a la persona en cuyo

nombre se celebrara el contrato. No obstante, esta sugerencia fue objeto de vehementes objeciones por considerarse que era difícil hallar una solución aceptable para los problemas jurídicos que planteaba la atribución de los mensajes de datos, habida cuenta de la gran diversidad de supuestos que habría que tomar en consideración, tal como se había comprobado durante la preparación del artículo 13 de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo tomó nota de que no había consenso sobre la necesidad de que en el proyecto de convención se enunciaran reglas sobre la atribución de los mensajes de datos, y decidió que no se prepararan reglas al respecto. No obstante, quedó entendido que el Grupo de Trabajo podría desear reconsiderar su decisión en una etapa ulterior.

128. Sin embargo, dado que el enunciado actual del proyecto de artículo suscitaba dudas sobre su finalidad y sus efectos, en particular sobre el significado de las palabras "podrá formarse un contrato", que se consideraban vagas, se convino en formular de otro modo la disposición. Se propuso enmendar el proyecto de artículo para que enunciara un principio contra la discriminación y sustituirlo por un texto del siguiente tenor:

> "No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema de información automatizado y una persona, o por la interacción entre sistemas de información automatizados, por la simple razón de que ninguna persona haya intervenido en los distintos actos realizados por dichos sistemas ni en el acuerdo resultante de tales actos."

129. El Grupo de Trabajo convino en que la nueva versión propuesta constituía una buena base para continuar las deliberaciones sobre el artículo 14 y decidió reemplazar el proyecto actual por el texto de esta nueva propuesta. Se convino en que el Grupo de Trabajo decidiera en una etapa ulterior cuál sería el lugar más apropiado para insertar la nueva disposición en el proyecto de convención.

Artículo 15 [16]. Disponibilidad de las condiciones contractuales

130. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> "Toda persona que ofrezca bienes o servicios por medio de un sistema de información, que sea normalmente accesible a toda persona que haga uso de un sistema de información, deberá poner a disposición de la otra parte [por un período razonable de tiempo] el mensaje o los mensajes de datos que contengan las condiciones del contrato, y deberá hacerlo de forma que dicho mensaje o dichos mensajes puedan ser archivados y reproducidos. [Se considerará que un mensaje de datos no puede ser archivado o reproducido si el iniciador impide que la otra parte archive o imprima el mensaje o los mensajes de datos.]"

131. El Grupo de Trabajo señaló que el proyecto de artículo, que estaba basado en el párrafo 3 del artículo 10 de la Directiva 2000/31/EC de la Unión Europea, figuraba entre corchetes, debido a que en el Grupo de Trabajo no había consenso sobre la necesidad de incluir esta disposición en el proyecto de convención (véase A/CN.9/509, párrs. 123 a 125).

132. El Grupo de Trabajo observó también que, de mantenerse esta disposición en el texto, el Grupo de Trabajo podría tener que estudiar la conveniencia de que el

proyecto de artículo previera consecuencias para el caso en que una parte no comunicara a la otra parte las condiciones del contrato, y de que se determinaran las consecuencias apropiadas de todo incumplimiento de este requisito. Se señaló que, en algunos ordenamientos jurídicos, se disponía que, en caso de no haberse comunicado a la otra parte una determinada estipulación contractual, esa estipulación no podría ejecutarse contra dicha parte.

133. Se expresó la opinión de que debería suprimirse el proyecto de artículo 15 por las mismas razones que se habían aducido en relación con el proyecto de artículo 11. Se sostuvo que no tenía sentido que en el proyecto de instrumento se establecieran disposiciones reglamentarias, sobre todo si no se preveían sanciones. Otra delegación partidaria de que se suprimiera el proyecto de artículo 15 argumentó que, de aplicarse este proyecto de artículo, se impondrían reglas que no existían en el contexto de las operaciones realizadas sobre papel, con lo cual la disposición se apartaría del criterio conforme al cual el proyecto de convención no debería tener como consecuencia que hubiera dos regímenes distintos (uno que regulara los contratos sobre papel y otro para las operaciones realizadas por medios electrónicos). Además, el proyecto de artículo se basaba en suposiciones incorrectas, como la de que las estipulaciones de los contratos de comercio electrónico figuraban siempre en formato electrónico exclusivamente, o la de que las estipulaciones contractuales estaban siempre bajo el control del oferente, lo cual podría no ser el caso, por ejemplo, cuando las partes utilizaran una plataforma de negociación facilitada por un intermediario. Por último, se observó que el proyecto de artículo enunciaba una regla obviamente destinada a la protección del consumidor, lo cual no constituía la finalidad del proyecto de convención.

134. No obstante, en sentido contrario, se opinó que, exceptuando la segunda frase, deberían mantenerse los criterios generales enunciados en el proyecto de artículo, ya que abordaban de manera concreta un elemento que revestía particular importancia en el contexto de los contratos electrónicos. En particular, cuando las partes negociaban a través de redes abiertas, como Internet, existía el riesgo concreto de que se pidiera a las partes que aceptaran determinadas condiciones y requisitos expuestos por el vendedor, sin que dichas partes pudieran tener acceso ulteriormente a esas condiciones y a esos requisitos. Esta situación, que también podría darse en negociaciones entre entidades comerciales o comerciantes profesionales, era a todas luces desfavorable para la parte que aceptara las condiciones contractuales de la otra parte. El problema descrito no tenía la misma magnitud en las comunicaciones realizadas por medios no electrónicos, ya que, salvo en los contratos puramente verbales, en la mayoría de los casos las partes tendrían acceso a un documento tangible o material en el que figuraran las condiciones que regían su contrato. Sin embargo, se reconoció que tal vez fuera necesario examinar más a fondo la cuestión de las consecuencias del incumplimiento del proyecto de artículo 15.

135. El Grupo de Trabajo, tras examinar las opiniones expresadas y tomar nota de que entre las delegaciones no había consenso sobre la conveniencia de introducir en el texto una regla del tenor del proyecto de artículo 15, convino en que era necesario volver a tratar la cuestión en una etapa ulterior. A tal efecto, se convino en pedir a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de artículo 15 que se basara en todo lo expuesto durante las deliberaciones y que se insertara entre corchetes con miras a que el Grupo de Trabajo la examinara en un futuro período de sesiones. Se pidió también a la Secretaría que agregara al texto, también entre

corchetes, una variante del proyecto de artículo que se ajustara al criterio que el Grupo de Trabajo había decidido seguir en relación con el proyecto de artículo 11 (véase el párrafo 102 *supra*). Esa variante deberá prever que nada de lo dispuesto en el proyecto de convención afectará a la aplicación de toda regla de derecho en virtud de la cual una parte que negocie un contrato mediante intercambio de mensajes de datos esté obligada a hacer llegar a la otra parte contratante, de una determinada manera, los mensajes de datos en los que figuren las condiciones del contrato, o en virtud de la cual se exima de consecuencias jurídicas a una parte que incumpla dicha obligación.

B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 42º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención Nota de la Secretaría

(A/CN.9/WG.IV/WP.103) [Original: inglés]

1. El Grupo de Trabajo comenzó sus deliberaciones sobre la contratación electrónica en su 39º período de sesiones, (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002), en el que examinó una nota de la Secretaría sobre determinadas cuestiones relativas a la contratación electrónica (A/CN.9/WG.IV/WP.95). Dicha nota contenía también un proyecto inicial, provisionalmente titulado "Anteproyecto de convención sobre contratos [internacionales] celebrados o probados por mensajes de datos" (A/CN.9/WG.IV/WP.95, anexo I).

2. En esa ocasión, el Grupo de Trabajo intercambió opiniones en general acerca de la forma y el alcance del instrumento, pero convino en postergar el examen de lo que se excluiría del proyecto de convención hasta que se hubieran estudiado las disposiciones relativas a la ubicación de las partes y la formación del contrato (véase A/CN.9/509, párrs. 18 a 40). El Grupo de Trabajo examinó entonces los artículos 7 y 14, ambos referidos a cuestiones relacionadas con la ubicación de las partes (A/CN.9/509, párrs. 41 a 65). Después de haber concluido su examen inicial de esas disposiciones, el Grupo de Trabajo abordó las disposiciones relativas a la formación de los contratos de los artículos 8 a 13 (A/CN.9/509, párrs. 66 a 121). El Grupo de Trabajo finalizó sus deliberaciones sobre el proyecto de convención en ese período de sesiones debatiendo el proyecto de artículo 15 sobre la disponibilidad de las condiciones contractuales (A/CN.9/509, párrs. 122 a 125). El Grupo de Trabajo convino en que examinaría los artículos 2 a 4, que trataban del ámbito de aplicación del proyecto de convención, y los artículos 5 (definiciones) y 6 (interpretación) en su 40º período de sesiones (A/CN.9/509, párr. 15).

3. El Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones sobre el anteproyecto de convención en su 40º período de sesiones, (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002). Comenzó sus deliberaciones con un debate general sobre el alcance del anteproyecto de convención (véase A/CN.9/527, párrs. 72 a 81). El Grupo de Trabajo pasó a examinar los artículos 2 a 4, relativos al ámbito de aplicación del proyecto de convención y los artículos 5 (definiciones) y 6 (interpretación) (A/CN.9/527, párrs. 82 a 126).

4. Ulteriormente, la Secretaría preparó una versión revisada del anteproyecto de convención (A/CN.9/WG.IV/WP.100, anexo). El Grupo de Trabajo examinó los artículos 1 a 11 del anteproyecto de convención revisado (véase A/CN.9/528, párrafos 26 a 151), en su 41 período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003). Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del anteproyecto de convención para su examen por el Grupo de Trabajo en su 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003).

5. El anexo de la presente nota contiene la versión del anteproyecto de convención recientemente revisada, que recoge las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones anteriores.

ANEXO

ANTEPROYECTO DE CONVENCIÓN[1] SOBRE LA UTILIZACIÓN DE MENSAJES DE DATOS EN [EL COMERCIO INTERNACIONAL] [EL CONTEXTO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES]

CAPÍTULO I. ESFERA DE APLICACIÓN

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. La presente Convención se aplicará a la utilización[2] de mensajes de datos [en relación con un contrato existente o previsto] [en el contexto de la formación o de la ejecución de contratos][3] entre partes cuyos establecimientos estén en Estados diferentes:

a) Cuando los Estados sean Estados Contratantes;

b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante; o[4]

c) Cuando las partes hayan convenido en que se aplique[5].

---

[1] La forma actual de una convención constituye únicamente una hipótesis de trabajo (A/CN.9/484, párr. 124) y no prejuzga la decisión final que el Grupo de Trabajo pueda adoptar sobre la naturaleza del instrumento.

[2] La anterior versión de este artículo describía el ámbito de aplicación como sigue: "La presente Convención se aplicará a [toda clase de información en forma de mensajes de datos que se utilice] [la utilización de mensajes de datos] en el contexto de [transacciones] [contratos] [...]". El Grupo de Trabajo estimó que la elección entre esas dos opciones era puramente estilística (véase A/CN.9/528, párr. 41). La Secretaría propone que se mantenga únicamente la segunda frase, ya que el proyecto de convención se ocupa solamente del reconocimiento jurídico de la utilización de mensajes de datos en el contexto de los contratos, mientras que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico aborda la cuestión del valor jurídico de la información en forma de mensajes de datos, sin ocuparse de si dicha información "se utiliza" efectivamente (por ejemplo, en virtud del artículo 10 de la Ley Modelo, que se ocupa de la conservación de toda inscripción o registro). La supresión de la palabra "transacciones" responde a una decisión del Grupo de Trabajo (A/CN.9/528, párr. 40). Dicha supresión se hace igualmente en otras disposiciones que mencionaban la palabra "transacciones".

[3] Las variantes entre corchetes obedecen al deseo de alinear el proyecto de artículo con el texto del proyecto de artículo 8.

[4] Este párrafo reproduce una regla que aparece en las disposiciones sobre el ámbito de aplicación de otros instrumentos de la CNUDMI. Hubo objeciones con respecto a dicha regla, debido a que esa extensión, intrínsecamente *ex post facto*, del ámbito de aplicación de la convención reduciría notablemente la seguridad en el momento de la contratación (A/CN.9/509, párr. 38). En su 41º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en mantener el apartado (A/CN.9/528, párr. 42). Si se mantiene el proyecto de párrafo, el Grupo de Trabajo tendría todavía que examinar si se permiten las reservas expresadas con respecto a esta regla, como se propuso en su 42º período de sesiones (A/CN.9/528, párr. 42). Véase también el proyecto de artículo X, párrafo 1.

[5] Esta posibilidad se prevé, por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente. El Grupo de Trabajo aplazó una decisión sobre este apartado hasta que haya examinado toda la parte dispositiva del proyecto de convención (A/CN.9/528, párrs. 43 y 44). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si existe la posibilidad de que los Estados Contratantes excluyan esta

2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre las partes, ni de la información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato.

3. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o mercantil de las partes o del contrato.

Artículo 2. Exclusiones[6]

La presente Convención no se aplicará a la utilización de los mensajes de datos [en relación con los siguientes contratos, bien sean existentes o previstos] [en el contexto de la formación o ejecución de los siguientes contratos]:

a) Los contratos celebrados para fines personales, familiares o domésticos [salvo que la parte que ofrezca los bienes o servicios no supiera ni debiera haber sabido, en cualquier momento previo a la celebración del contrato o en el momento de su celebración, que estaban destinados a dicho uso[7]];

[b) Los contratos por lo que se autorice un uso limitado de derechos de propiedad intelectual[8]];

c) [*Otras exclusiones que el Grupo de Trabajo tal vez decida añadir*[9].] [Otras cuestiones señaladas por un Estado Contratante en el marco de una declaración hecha de conformidad con el artículo X[10]].

---

disposición mediante una declaración hecha a tenor de lo dispuesto en el proyecto de artículo X, párrafo 1.

[6] En la última versión de este proyecto de artículo figuran dos variantes que reflejan dos enfoques posibles del régimen que se aplica a los contratos con consumidores. La variante A excluía los contratos con consumidores utilizando la misma técnica que se emplea en el apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. La variante B remitió al derecho interno sobre cuestiones relativas a la protección del consumidor, sin excluir las operaciones con consumidores del proyecto de convención (véase A/CN.9/527, párr. 89; véase también A/CN.9/528, párrs. 51 a 54). Esta versión del proyecto de artículo conserva únicamente la antigua variante A. La antigua variante B se ha incluido en el proyecto de artículo 3 al ser su contenido actual semejante al de dicho artículo.

[7] El final del texto figura entre corchetes, habida cuenta de que en el 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó cierto apoyo a la propuesta de suprimir todo el texto que sigue al término "domésticos" (A/CN.9/528, párr. 52).

[8] Esta exclusión figura entre corchetes, ya que el Grupo de Trabajo no ha llegado a un acuerdo al respecto (véase A/CN.9/527, párrs. 90 a 93 y A/CN.9/528, párrs. 55 a 60).

[9] En este proyecto de artículo cabría incluir otras exclusiones, si así lo decide el Grupo de Trabajo. En el Anexo II del proyecto inicial (A/CN.9/WG.IV/WP.95) se reprodujeron, con fines ilustrativos y sin pretensiones de exhaustividad, exclusiones que se suelen encontrar en las leyes nacionales sobre comercio electrónico. Otras exclusiones que se habían propuesto en el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo y reiterado en su 41º período de sesiones se referían a ciertos mercados de servicios financieros estrictamente reglamentados, y sujetos a prácticas, acuerdos marco, u otros regímenes especiales. Entre las exclusiones figuran los sistemas de pago, títulos negociables, operaciones con derivados, permutas financieras, acuerdos de recompra (repos), cambio de divisas, y los mercados bursátiles, y tal vez estén incluidas las operaciones de contratación general de los bancos y las de crédito financiero (A/CN.9/527, párr. 95 y A/CN.9/528, párr. 61). Entre las exclusiones propuestas en el 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo figuran también las "operaciones relativas a

Artículo 3. Materias que no se rigen por la presente Convención

La presente Convención no afecta ni deroga[11] norma jurídica alguna relativa a:

[a) La protección del consumidor[12];]

b) La validez del contrato ni de ninguna de sus estipulaciones, como tampoco a la de cualquier uso del comercio [, salvo que se haya dispuesto otra cosa en los artículos [...][13]];

c) Los derechos y obligaciones de las partes nacidos del contrato o de alguna de sus estipulaciones, o de cualquier uso del comercio[14]; o

d) Los efectos que el contrato pueda tener sobre la titularidad de los derechos creados o transferidos por el contrato[15].

---

bienes raíces, así como los contratos en los que intervenga alguna autoridad pública o judicial, y todo acto jurídico relativo al derecho de familia y al derecho de sucesiones" (A/CN.9/528, párr. 63). El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota, en este contexto, de que la Comisión, en su 36º período de sesiones, decidió reemprender su labor relativa a la contratación pública, en particular la contratación por medios electrónicos (A/58/17, párrs. 225 a 230). Esto podría suponer que una exclusión indiscriminada de "los contratos en los que intervenga alguna autoridad pública o judicial" no sería procedente.

[10] Se ofrece aquí una variante que eliminaría la necesidad de una lista común de exclusiones (A/CN.9/527, párr. 96).

[11] La nueva formulación responde a una propuesta hecha en el 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo, según la cual las palabras utilizadas anteriormente ("La presente Convención no concierne") eran imprecisas (A/CN.9/528, párr. 67).

[12] El proyecto de apartado a) figura entre corchetes ya que, en ciertos aspectos, representa una alternativa al apartado a) del proyecto de artículo 2 (véase A/CN.9/528, párr. 52). A tenor de esta regla, las operaciones con consumidores no quedarían automáticamente excluidas del ámbito del proyecto de convención, pero sus disposiciones no sustituyen ni afectan a la normativa de derecho interno protectora del consumidor.

[13] El proyecto de apartado b) se inspira en el apartado a) del artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la relación que pueda haber entre las exclusiones genéricas del proyecto de artículo y otras disposiciones en donde se afirma, por ejemplo, la validez de los mensajes de datos, como los proyectos de artículo 8, 9 y 13 (véase A/CN.9/527, párr. 103).

[14] El anteproyecto de convención no concierne a cuestiones sustantivas emanadas del contrato, que, a todos los demás efectos, sigue sujeto al derecho aplicable (véase A/CN.9/527, párrs. 10 a 12).

[15] El proyecto de apartado d) se basa, *mutatis mutandis*, en el apartado b) del artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

Artículo 4. Autonomía de las partes

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos [salvo en los siguientes casos: ...][16].

CAPÍTULO II. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 5. Definiciones[17]

Para los fines de la presente Convención:

a) Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

b) Por "intercambio electrónico de datos (EDI)" se entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto;

c) Por "iniciador" de un mensaje de datos se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje[18], haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado, para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él;

d) Por "destinatario" de un mensaje de datos se entenderá la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él;

e) Por "sistema de información" se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos[19];

---

[16] El Grupo de Trabajo ha de considerar si resulta apropiada o conveniente alguna limitación del principio de la autonomía de las partes en el contexto del anteproyecto de convención, habida cuenta en particular de disposiciones como el párrafo 3 del proyecto de artículo 9 y los proyectos de artículo 11 y 15 (véase A/CN.9/527, párr. 109; véase también A/CN.9/528, párrs. 71 a 75). En la versión anterior de este artículo figuraba un segundo párrafo que se ocupaba del consentimiento de las partes relativo a la utilización de mensajes de datos en un contexto contractual. Aquella disposición se ha fusionado ahora con el proyecto de artículo 8.

[17] Las definiciones que figuran en los proyectos de párrafos a) a e) proceden del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. La definición de "firma electrónica" reproduce la que ya figura en el artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas. Se han suprimido las definiciones de "oferente" y "destinatario de la oferta", pese a que el Grupo de Trabajo decidió mantenerlas provisionalmente (A/CN.9/527, párr. 115). La Secretaría desea señalar que, en vista de la reformulación de los proyectos de artículo 8 y 13, dichos términos se habían convertido en superfluos (véase A/CN.9/528, párr. 106).

[18] La redacción de esta definición procede del apartado c) del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Se ha sugerido a la Secretaría que podría ser preferible suprimir la palabra "*purports*" ("a tenor del mensaje") dejando, en principio, el resto de la definición con su texto actual.

[19] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si esta definición precisa de alguna aclaración, habida cuenta de las dudas suscitadas en relación con el párrafo 2 del antiguo artículo 11 (en la actualidad artículo 10) (véase A/CN.9/528, párrs. 148 a 149).

f) Por "sistema de información automatizado" se entenderá todo programa informático o todo medio electrónico o automatizado de otra índole que se utilice total o parcialmente para iniciar una acción o para responder a un mensaje de datos o a una operación, sin que haya de examinar o intervenir en su funcionamiento una persona física cada vez que el sistema inicie una acción o genere una respuesta[20];

[g) Por "firma electrónica" se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al tenedor de los datos de creación de la firma en relación con el mensaje de datos e indicar que esa persona aprueba la información contenida en el mensaje de datos[21]];

[h) Por "establecimiento"[22] se entenderá [todo lugar de operaciones donde una persona ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios[23];] [el lugar donde una parte mantiene un establecimiento fijo para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar[24];]

[i) Los términos "persona" y "parte" abarcan a personas físicas y jurídicas[25];]

---

[20] Esa definición se basa en la definición de "agente electrónico" que figura en el párrafo 6) del artículo 2 de la Ley Uniforme de las operaciones electrónicas de los Estados Unidos; también se emplea una definición similar en el artículo 19 de la Ley Uniforme del Comercio Electrónico del Canadá. Se incluyó la definición habida cuenta del contenido del proyecto de artículo 14.

[21] El proyecto inicial contenido en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.95 incluía, como variante de esta disposición, una definición general de "firma". Aunque el Grupo de Trabajo convino provisionalmente en mantener ambas variantes, la Secretaría sugiere que podría ser más adecuado, habida cuenta del alcance limitado del proyecto de convención, definir sólo las "firmas electrónicas", dejando la definición de "firma" para la ley por lo demás aplicable, como se sugirió en el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/527, párrs. 116 a 119).

[22] La definición propuesta figura entre corchetes en vista de que la Comisión no ha definido, hasta la fecha, la noción de "establecimiento" (véase A/CN.9/527, párrs. 120 a 122). En el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que debía extenderse el alcance de las reglas sobre la ubicación de las partes para incluir elementos como el lugar de constitución o sede social de una sociedad mercantil (A/CN.9/509, párr. 53). El Grupo de Trabajo decidió que, la conveniencia de añadir ciertos criterios suplementarios de los ya utilizados para definir la ubicación de las partes, podría ser atendida ampliando la definición de establecimiento (A/CN.9/509, párr. 54). Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si los conceptos adicionales propuestos y cualesquiera otros elementos nuevos deberían facilitarse como alternativa a los elementos actualmente utilizados o sólo como regla de derecho supletorio para las entidades sin un "establecimiento". Otros casos que podrían merecer nuevo examen por el Grupo de Trabajo incluirían situaciones en que el componente más importante de los medios humanos o de los bienes o servicios utilizados por una determinada empresa se encuentre en un lugar que guarde escasa relación con el centro de actividades de dicha empresa, como cuando el único equipo y personal utilizado por una llamada "empresa virtual" situada en un país consista en espacio arrendado en el servidor informático de un tercero situado en algún otro lugar.

[23] Esta opción recoge los elementos esenciales de las nociones de "establecimiento" ("place of business"), tal y como se entiende en la práctica mercantil internacional, y de "establecimiento" ("establishment"), utilizada en el apartado f) del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

[24] Esta opción se ajusta al sentido que se da a este término en la Unión Europea (véase el párrafo19 del preámbulo de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea).

[25] Durante la preparación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico se opinó que dicha definición no debía figurar en el propio al texto del instrumento, sino en la guía para

[j) Toda otra definición que el Grupo de Trabajo desee añadir[26].]

Artículo 6. Interpretación

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

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con el derecho aplicable [en virtud de las normas del derecho internacional privado[27]].

Artículo 7. Ubicación de las partes[28]

1. Para los fines de la presente Convención, se presumirá que el establecimiento de una persona está en el lugar por ella indicado [, salvo que dicha persona no tenga un establecimiento en ese lugar] [[y] salvo que esa indicación se haga con la exclusiva finalidad de provocar o evitar la aplicación de la presente Convención].

2. Si una persona [no ha indicado un establecimiento o, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, una persona[29]] tiene más de un

---

su incorporación al derecho interno. Dado que una convención no suele ir acompañada de observaciones extensas, la definición propuesta se ha incluido en el propio texto de la convención para el caso de que el Grupo de Trabajo considere necesaria dicha definición, habida cuenta, en particular de disposiciones como el apartado 4 b) de la variante B del proyecto de artículo 9.

[26] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si deben incluirse las definiciones de otros términos, como por ejemplo, "signatario" (si se aprueba la variante B del proyecto de artículo 10 (anteriormente proyecto de artículo 14)), "aplicaciones interactivas", "correo electrónico" o "nombre de dominio".

[27] Este texto se ha colocado entre corchetes a solicitud del Grupo de Trabajo. Formulaciones similares de otros instrumentos se habían interpretado incorrectamente en el sentido de que autorizaban la remisión directa al derecho aplicable conforme a la normativa de conflictos de leyes del Estado del foro, aplicable a las convenciones, sin tener en cuenta la propia normativa de conflictos de leyes enunciada en la Convención (A/CN.9/527, párrs. 125 y 126).

[28] El proyecto de párrafo 1 se inspira en una propuesta formulada en el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo en el sentido de que las partes deberían tener la obligación de dar a conocer el lugar en que se encontrara su establecimiento (A/CN.9/484, párr.103). Esa obligación queda recogida en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 11. El proyecto de disposición no pretende crear un nuevo concepto de "establecimiento" para el mundo informático. Los textos entre corchetes tienen por objeto impedir que una parte pueda beneficiarse de declaraciones manifiestamente inexactas o falsas (A/CN.9/509, párr. 49), pero sin limitar la capacidad de las partes para acogerse al régimen de la Convención o convenir de otro modo en el derecho aplicable. Las dos variantes que figuraban anteriormente en el proyecto de párrafo se han fusionado, ya que el Grupo de Trabajo prefirió la antigua variante A (A/CN.9/528, párr. 88). Se han suprimido las palabras "obvio y manifiesto", que el Grupo que Trabajo consideró que podrían ser fuente de inseguridad jurídica.

[29] Se ha sugerido a la Secretaría que la presunción contemplada en el proyecto de artículo podría aplicarse también en el caso de que una parte no indicara el lugar donde se encontraba su establecimiento. Esta propuesta va entre corchetes, habida cuenta de que la presunción

establecimiento, su establecimiento a efectos de la presente Convención será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

3. Si una persona no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.

4. El lugar de ubicación del equipo y la tecnología que mantienen un sistema de información empleado por una persona para la formación de un contrato o el lugar desde el que otras personas puedan obtener acceso a dicho sistema de información no constituyen de por sí un establecimiento [, salvo que esa persona jurídica no tenga un establecimiento [en el sentido del apartado h) del artículo 5[30]]].

5. El mero hecho de que una persona haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculada a un país concreto no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en dicho país[31].

CAPÍTULO III. UTILIZACIÓN DE MENSAJES DE DATOS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES[32]

Artículo 8 [10]. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos[33]

1. Toda comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud que deba o decida hacer alguna de las partes [en relación con un contrato existente o

---

contemplada en el proyecto de artículo se ha utilizado en otros instrumentos de UNCITRAL únicamente en relación con establecimientos múltiples.

30 El proyecto de párrafo refleja el principio de que las reglas de ubicación no deben dar lugar a que se pueda considerar que cierta persona tiene su establecimiento en un determinado país cuando celebra contratos electrónicamente y en otro país distinto cuando lo hace por medios más tradicionales (A/CN.9/484, párr. 103). El proyecto de párrafo se ajusta a la solución propuesta en el párrafo 19 del preámbulo de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea. La frase entre corchetes se refiere únicamente a las denominadas "empresas virtuales" y no a las personas físicas, de las que se ocupa la regla enunciada en el proyecto de párrafo 3. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si los proyectos de párrafo 4 y 5, que el Grupo de Trabajo convino en retener para su ulterior examen, deberían fusionarse en una sola disposición (A/CN.9/509, párr. 59).

31 El sistema actual de asignación de nombres de dominio no se concibió en un principio en términos geográficos. Por lo tanto, el aparente vínculo entre un nombre de dominio y un país no basta por sí solo para llegar a la conclusión de que existe un vínculo auténtico y permanente entre el usuario del nombre de dominio y el país (véase A/CN.9/509, párrs. 44 a 46 *supra*). Sin embargo, en algunos países, la cesión de un nombre de dominio se hace únicamente tras verificar la exactitud de la información facilitada por el solicitante, incluida su ubicación en el país con el que ese nombre guarda relación. Respecto de esos países, tal vez convendría remitir, al menos en parte, al nombre de dominio para los fines del artículo 7, contrariamente a lo que se sugería en el proyecto de párrafo (A/CN.9/509, párr. 58). Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si las normas propuestas deberían ampliarse para tratar de esas situaciones.

32 Este capítulo se ha reestructurado. Los números entre corchetes que figuran después de los números de artículo indican los números de artículo correspondientes a la versión anterior del proyecto de convención (A/CN.9/ WG.IV/WP.100).

33 Los párrafos 1 y 2 se han fusionado para evitar una repetición innecesaria. Se ha suprimido la frase "De no convenir otra cosa las partes", como se hizo en otro lugar del texto (véanse A/CN.9/528, párrs. 97 a 110 y 126).

previsto[34]] [en el contexto de la formación o la ejecución de un contrato] [, así como al hacer una oferta o en su aceptación,[35]] podrá transmitirse por medio de un mensaje de datos, sin que se le niegue su validez o fuerza obligatoria por la sola razón de haberse utilizado para dicho fin un mensaje de datos.

[2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención hace que una persona esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de mensajes de datos, pero el consentimiento de una persona a dicho respecto podrá inferirse de su conducta[36]].

[3. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...] [Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a ninguna de las cuestiones señaladas por un Estado Contratante en una declaración efectuada de conformidad con el artículo X.[37]]

Artículo 9 [14]. Requisitos de forma

[1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención exige que un contrato o cualquier otra comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud que una de las partes deba o decida hacer [en relación con un contrato existente o previsto] [en el contexto de la formación o de la ejecución de un contrato[38]], tenga que hacerse o probarse [de alguna forma particular, o por escrito] [mediante mensajes de datos, por escrito o de cualquier otra forma] ni que el contrato esté sujeto a ningún otro requisito de forma[39].]

2. Cuando la ley requiera que un contrato, o cualquier otra comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud que una de las partes deba o decida hacer en relación con un contrato, conste por escrito, ese requisito quedará

---

34 Se ha añadido la referencia a un "contrato existente o previsto" con arreglo a una propuesta del Grupo de Trabajo (A/CN.9/528, párr. 125). Estas palabras y la referencia alternativa a "la formación y ejecución de un contrato" se han utilizado también en otro lugar.

35 La referencia entre corchetes a "oferta y aceptación" pretende facilitar que el Grupo de Trabajo examine si se podría combinar útilmente el contenido de los proyectos de artículo 8 y 13 (véase A/CN.9/528, párr. 105).

36 Esta disposición refleja la idea de que no se debe forzar a ninguna de las partes a aceptar ofertas contractuales, ni actos de aceptación de su propia oferta, por vía electrónica, si no lo desean (A/CN.9/527, párr. 108). Este párrafo figuraba inicialmente en el proyecto de artículo 4 (véase nota de pie de página 15).

37 En vista de que el proyecto de convención abarca ahora todo tipo de comunicaciones electrónicas y no sólo las destinadas a la formación de un contrato, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si serían necesarias otras exclusiones específicas. Se apoyó la propuesta de elaborar una lista común de exclusiones con miras a lograr una aplicación lo más uniforme posible del proyecto de convención. Sin embargo, también se manifestaron dudas acerca de la viabilidad de la propuesta. El Grupo de Trabajo convino en mantener ambas opciones en el texto y en volver a examinar el tema más adelante (A/CN.9/528, párr. 131).

38 Se ha suprimido el requisito "comprendido en el ámbito de la presente Convención" en el proyecto de párrafo y en el resto del texto, a fin de prevenir posibles conflictos entre el ámbito de aplicación del proyecto de convención y el ámbito de aplicación de todo otro instrumento al que remita el proyecto de artículo Y.

39 Esta disposición incorpora el principio general de la libertad de forma enunciado en el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, conforme se sugirió en el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/509, párr. 115).

satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta[40].

3. Cuando la ley requiera que un contrato, o cualquier otra comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud que una de las partes deba o decida hacer en relación con un contrato, vaya firmado, o cuando la ley asigne ciertas consecuencias a la ausencia de una firma, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si:

Variante A[41]

a) Se utiliza algún método para identificar a dicha persona y para indicar que dicha persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y

b) El método utilizado es no sólo fiable sino además apropiado para los fines para los que se generó o se comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, así como de cualquier acuerdo aplicable.

Variante B[42]

... se utiliza alguna firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, así como de cualquier acuerdo aplicable, sea no sólo fiable sino además apropiada para los fines para los que se generó o comunicó ese mensaje.

4. La firma electrónica se tendrá por fiable para los fines de cumplir con el requisito enunciado en el párrafo 3 del presente artículo si:

a) Los datos de creación de la firma, en el contexto en el que se utilizan, corresponden exclusivamente al firmante;

b) Los datos de creación de la firma obran, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;

c) Toda alteración de la firma electrónica, que se haga con posterioridad al momento de la firma, será detectable; y

d) Siempre que el requisito legal de la firma tenga por objeto dar seguridad en cuanto a la integridad de la información a la que corresponda, si es posible detectar cualquier alteración que se introduzca en dicha información con posterioridad momento de la firma.

---

40 Esta disposición enuncia los criterios que han de satisfacerse para que pueda reconocerse la equivalencia funcional, entre un mensaje de datos y un documento consignado sobre papel, en términos similares a los del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar el significado de los términos "la ley" y "por escrito", y si convendría definir dichos términos (véase A/CN.9/509, párrs. 116 y 117).

41 La variante A enumera los criterios generales para la equivalencia funcional entre la firma manuscrita y los métodos electrónicos de identificación a los que se refiere el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

42 La variante B se basa en el párrafo 3 del artículo 6 del proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la necesidad de una definición de "persona" (que figura actualmente en el apartado i) del proyecto de artículo 5), habida cuenta del hecho de que se pueden facilitar medios de firma y autenticación a los detentores de funciones especiales en una sociedad u otro tipo de persona jurídica.

5. Lo dispuesto en el párrafo 4 del presente artículo no limita la posibilidad de toda persona:

a) De demostrar de cualquier otra manera la fiabilidad de una firma electrónica, para los fines de cumplir con el requisito enunciado en el párrafo 3 del presente artículo;

b) De aducir pruebas de que una firma electrónica no es viable.

Artículo 10 [11]. Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos[43]

1. El mensaje de datos se tendrá por expedido en el momento en que dicho mensaje entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador.

2. El momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue:

a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, se tendrá por recibido el mensaje de datos en el momento en que dicho mensaje entre en el sistema de información designado;

b) Si el destinatario ha designado un sistema de información para recibir el mensaje de datos, pero dicho mensaje se envía a otro sistema de información del destinatario, el mensaje de datos se tendrá por recibido en el momento en que el destinatario lo recupere;

c) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, el mensaje de datos se tendrá por recibido cuando entre en un sistema de información del destinatario, salvo que ...[44].

[Variante A

... no sea razonable que el iniciador haya optado por ese determinado sistema de información para enviar su mensaje de datos, habida cuenta de las circunstancias del caso y del contenido del mensaje de datos.] [o]

[Variante B

... el destinatario no tenía motivo alguno para esperar que el mensaje de datos le fuera enviado a ese determinado sistema de información.]

3. El párrafo 2 del presente artículo será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje conforme al párrafo 5 del presente artículo.

---

[43] Salvo el proyecto de párrafo 4, las reglas enunciadas en este proyecto de artículo están basadas en el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, con algunos ajustes para armonizar su estilo con el utilizado en otras partes del proyecto de convención. Se han reformulado los párrafos 1 y 2, por considerarse que su texto anterior no era lo bastante claro (A/CN.9/528, párrs. 140, 148 y 149).

[44] Las palabras alternativas entre corchetes en el apartado c) recogen las propuestas formuladas en el 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/528, párrs. 146 y 147). La Secretaría expone que esas palabras no son necesariamente incompatibles, y las ha combinado con la conjunción “o”.

4. Cuando el iniciador y el destinatario utilicen un mismo sistema de información, el mensaje de datos se tendrá por expedido y por recibido cuando sea susceptible de ser recuperado y procesado por el destinatario[45].

5. El mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo, como se determine de conformidad con el artículo 7.

[Artículo 11 [15]. Información de carácter general que toda parte ha de facilitar[46]

Todo mensaje de datos que se utilice para anunciar u ofrecer bienes o servicios[47] deberá dar la siguiente información[48]:

a) El nombre de la persona en cuyo nombre se haga el anuncio o la oferta y, si se trata de una persona jurídica, su razón social y el lugar de inscripción registral, organización o constitución[49];

---

[45] Este proyecto de párrafo trata de los casos en que tanto el iniciador como el destinatario utilizan el mismo sistema de información. En tal caso, no se puede aplicar el criterio utilizado en el proyecto de párrafo 1, ya que el mensaje permanece en un sistema del que no puede afirmarse "que no esté bajo el control del iniciador". La regla propuesta en el proyecto de párrafo trata el envío y la recepción del mensaje de datos como simultáneos cuando el mensaje sea "susceptible de ser recuperado y procesado por el destinatario". Esta situación no se previó en el párrafo 1 del artículo 15 de la Ley Modelo. Sin embargo, se estima que la regla especial propuesta, que está inspirada en el apartado 1) a) del artículo 23 de la Ley Uniforme del Comercio Electrónico del Canadá, es perfectamente compatible con las reglas enunciadas en el artículo 15 de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la utilización compartida de un sitio en Internet, o de una determinada página Web a efectos de comunicación debe considerarse como "utilización de un mismo sistema de información".

[46] El proyecto de artículo, que se inspira en el párrafo 1 del artículo 5 de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea, aparece entre corchetes, ya que no hubo consenso sobre la necesidad de esta disposición en el Grupo de Trabajo (A/CN.9/509, párrs. 61 a 65). En su forma actual, el proyecto de artículo no prevé sanciones ni consecuencias si una de las partes no proporciona la información requerida, cuestión que todavía debe examinar el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/509, párr. 123 y A/CN.9/527, párr. 103). El proyecto de artículo se aplicaría únicamente a los mensajes de datos relativos a contratos no excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de convención en virtud del artículo 2.

[47] La versión anterior del proyecto de artículo utilizaba la frase siguiente: "la persona que utilice mensajes de datos para anunciar u ofrecer bienes o servicios [...]". Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si una formulación que se centra en los mensajes de datos y su contenido antes que en la obligación impuesta a una persona podría ser útil para hacer frente a las preocupaciones que se han expresado en relación con la naturaleza aparentemente reglamentaria de la disposición (A/CN.9/509, párr. 63). Se ha suprimido el segundo párrafo de la versión anterior, que establece que la información que han de suministrar en virtud del párrafo 1 del presente artículo debe ser "accesible de forma fácil, directa y permanente", ya que la nueva formulación del proyecto de artículo implica la accesibilidad directa.

[48] Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar la conveniencia de especificar en esta disposición como deberá "darse" o facilitarse la información, por ejemplo, si debe figurar en el propio mensaje o mensajes por los que se ofrezcan bienes o servicios o si basta con que se haga remisión a ella, especificándose, en particular, si debe estar en forma que permita su recuperación o archivo por el destinatario.

[49] Se ha sustituido la referencia a nombres de registros y números de inscripción por una referencia más general a la razón social y el lugar de inscripción, organización o constitución de la sociedad.

b) La ubicación geográfica y la dirección donde dicha persona tenga su establecimiento, incluida su dirección de correo electrónico y toda otra seña que sirva de punto de contacto[50].

Artículo 12 [9]. Invitaciones para presentar ofertas[51]

Variante A

1. Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de uno o más mensajes de datos que no vaya dirigida a una o varias personas determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda persona que haga uso de un sistema de información, se tendrá por una mera invitación para presentar ofertas, salvo que en ella se indique la intención de la persona que hace la propuesta de quedar obligada en caso de aceptación[52].

2. Salvo indicación en contrario de la persona que la haya presentado, toda propuesta de celebrar un contrato que haga uso de una aplicación interactiva que permita hacer un pedido [automático] por dicho sistema de

[50] Se han fusionado los antiguos apartados b) y c) del proyecto, a fin de facilitar su lectura.

[51] Esta disposición aborda una cuestión que ha sido objeto de prolongado debate. En el 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se señaló que "no existía en la actualidad una práctica comercial uniforme al respecto" (A/CN.9/528, párr. 117). Por lo tanto, se presenta en cada variante una de las dos prácticas comerciales que actualmente están en uso. A pesar de que las dos variantes están destinadas a ser reglas de derecho supletorio, tan sólo aplicables en ausencia de toda indicación clara de la intención del iniciador, se ha cuestionado la conveniencia de insertarlos en el proyecto de convención (A/CN.9/528, párrs. 117 y 118).

[52] Esta disposición se inspira en el párrafo 1 del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y está basada en la analogía existente entre la oferta efectuada por medios electrónicos y la efectuada por medios más tradicionales (A/CN.9/509, párrs. 76 a 85). No obstante, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si debería formularse alguna regla más específica para regular las ofertas de bienes presentadas en plataformas de subasta por Internet y otras operaciones similares que, en muchos ordenamientos jurídicos, son consideradas como ofertas vinculantes para la venta de bienes al mejor postor.

información[53] constituye una oferta y se presumirá que indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación[54].

Variante B[55]

Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de uno o más mensajes de datos que no vaya dirigida a una o varias personas determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda persona que haga uso de un sistema de información, así como toda propuesta que haga uso de una aplicación interactiva para hacer pedidos [automáticos] a través de dicho sistema, se considerará como una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la persona que presenta la propuesta de quedar obligado por su oferta en caso de que sea aceptada.

Artículo 13 [8]. Utilización de mensajes de datos en la formación del contrato[56]

1. [La oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos]. No se negará validez o fuerza obligatoria [a un contrato] [al

[53] La versión anterior del proyecto de artículo hacía referencia a la utilización de "sistemas de información automatizados" o, como alternativa, a la utilización de "una aplicación interactiva que parezca permitir que el contrato se celebre automáticamente". En el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo se argumentó que la parte que hiciera un pedido tal vez no dispondría de medios para verificar el modo en que se tramitaba el pedido ni podría comprobar si se trataba de sistemas informáticos automatizados que permitían concertar automáticamente el contrato o si era preciso adoptar otras medidas (mediante intervención humana o utilización de equipo de otra índole) para concertar efectivamente un contrato o para tramitar válidamente un pedido. También se criticó la formulación inicial del proyecto de párrafo porque la referencia a una aplicación que permitiera que el contrato "se celebrara automáticamente" daba a entender que se había celebrado un contrato válido, lo que podía inducir a error en el contexto de actos que podían dar lugar a la formación de un contrato (A/CN.9/509, párr. 82). El proyecto de artículo hace referencia a aplicaciones para "hacer" pedidos, y no a aplicaciones para "tramitar" pedidos, porque la disposición se centra en los elementos que resultan claros para la persona que hace el pedido, antes que en el funcionamiento interno del mecanismo que está en uso. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si la formulación actual es apta para lograr el grado de objetividad que el Grupo de Trabajo desea.

[54] La regla sugerida en la variante A es similar a la regla que la doctrina jurídica sugiere sea aplicable al funcionamiento de las máquinas expendedoras automáticas (véase A/CN.9/WG.IV/WP.95, párr. 54).

[55] En el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se señaló que era frecuente que las empresas que ofrecían bienes o servicios a través de un sitio en Internet, dotado de una aplicación interactiva para la negociación y la tramitación inmediata de los pedidos de bienes o servicios, indicaran en dicho sitio, que no quedaban obligadas por dichas ofertas. Si esa era ya la práctica comercial, tal vez fuera cuestionable que el Grupo de Trabajo enunciara una presunción en sentido contrario en su proyecto de disposición (A/CN.9/509, párr. 82). La Variante B, que fusiona los párrafos 1 y 2 en una única disposición, recoge dicha tesis y considera dichas ofertas de bienes o de servicios como una invitación para hacer ofertas, incluso cuando se utilice un "sistema de información automatizado" (A/CN.9/528, párr. 119).

[56] Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si este proyecto de artículo seguiría siendo pertinente en el caso de que el Grupo de Trabajo decidiera combinar su contenido con el del proyecto de artículo 8 (A/CN.9/528, párr. 105).

contrato ya formado] por la sola razón de haberse utilizado [en su formación] [para transmitir la oferta o su aceptación] un mensaje de datos [57].

Variante A

2. Cuando se transmitan en forma de un mensaje de datos, la oferta y su aceptación surtirán efecto al ser recibido su texto por el destinatario[58].

Variante B

2. En todo supuesto en que el derecho interno de un Estado Contratante haya previsto determinados efectos en función del momento en que una oferta llegue a su destinatario o la aceptación de dicha oferta llegue al oferente, de utilizarse un mensaje de datos para transmitir dicha oferta o dicha aceptación, se considerará que el mensaje de datos llega al oferente o al destinatario de la oferta, al ser recibido el mensaje por aquél al que vaya dirigido[59].

Artículo 14 [12]. Empleo de sistemas de información automatizados para la formación del contrato[60]

Podrá formarse un contrato por la interacción de un sistema de información automatizado con una persona o por la interacción de los propios sistemas de información automatizados, aun cuando ninguna persona haya revisado cada uno de los distintos actos efectuados por dichos sistemas o el acuerdo resultante.

---

[57] Se han fusionado los párrafos 1 y 3 a fin de alinear el texto de esta disposición con la nueva estructura del proyecto de artículo 8. La primera frase aparece entre corchetes, ya que el texto añadido entre corchetes en el párrafo 1 del proyecto de artículo 8 posiblemente ya regule sus elementos. La segunda frase recoge texto entre corchetes que ofrece dos opciones de redacción de la presente disposición.

[58] La norma de este párrafo, que figuraba en el antiguo proyecto de artículo 8, recoge en esencia las normas sobre formación de los contratos contenidas, respectivamente, en los artículos 15, párrafo 1, y 18, párrafo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. El verbo "llegar" que se utiliza en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa se ha sustituido por el verbo "recibir" en el proyecto de artículo, a fin de armonizarlo con el artículo 10, que se basa en el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si la presente norma es realmente necesaria, habida cuenta de su naturaleza sustantiva y alcance limitado.

[59] En el 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo se propuso esta variante (A/CN.9/528, párrs. 105 y 106). No obstante, tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si convendría formular una regla paralela estructurada en torno a la noción de "*dispatch*" ("expedición"), aunque ésta no sea la regla aplicada para la formación del contrato en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, ya que podría ser pertinente para contratos que, a tenor de la ley por lo demás aplicable, no se rijan por esa convención.

[60] Este proyecto de disposición, que el Grupo de Trabajo, en su 39º período de sesiones, decidió retener en sustancia (A/CN.9/509, párr. 103), desarrolla un principio formulado en términos generales en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. El proyecto de artículo no se aleja del entendimiento actual de los efectos jurídicos de las operaciones automatizadas, en el sentido de que todo contrato emanado de la interacción de una computadora con otra computadora o persona es atribuible a la persona en cuyo nombre se celebra el contrato (A/CN.9/484, párr. 106).

[Artículo 15 [16]. Disponibilidad de las condiciones contractuales[61]

Toda persona que ofrezca bienes o servicios por medio de un sistema de información, que sea normalmente accesible a toda persona que haga uso de un sistema de información[62], deberá poner a disposición de la otra parte [por un período razonable de tiempo] el mensaje o los mensajes de datos que contengan las condiciones del contrato[63], y deberá hacerlo de alguna forma que permita su archivo y reproducción. [Se considerará que un mensaje de datos no es susceptible de ser archivo o reproducido si el iniciador impide que la otra parte imprima o almacene el mensaje o los mensajes de datos[64].]

Artículo 16 [13]. Error en las comunicaciones electrónicas

Variante A[65]

1. [Salvo acuerdo [expreso] en contrario de las partes[66],] el contrato celebrado por una persona que acceda al sistema de información automatizado

[61] Este proyecto de artículo, que se basa en el párrafo 3 del artículo 10 de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea, aparece entre corchetes porque no hubo consenso en el Grupo de Trabajo sobre la necesidad de esta disposición (A/CN.9/509, párrs. 123 a 125). Pero si se mantiene la disposición, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el proyecto de artículo debe prever alguna consecuencia para el supuesto de que una parte no facilite a la otra las condiciones del contrato, y qué sanción sería adecuada. En algunos ordenamientos jurídicos la sanción sería que no cabrá invocar frente a la otra parte ninguna condición contractual que no le haya sido facilitada.

[62] Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si esas palabras describen adecuadamente los tipos de situaciones que el Grupo de Trabajo trata de abordar en el proyecto de artículo.

[63] Se ha suprimido el texto "y las condiciones generales" por estimarse superfluo. Sin embargo, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la disposición debe redactarse en términos más explícitos en lo referente a la versión de las condiciones contractuales que deberá retenerse.

[64] Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si esta oración deja la flexibilidad requerida para crear un documento electrónico "original" o "singular" que alguna persona tal vez tenga un interés legítimo en crear para hacer imposible su reproducción (A/CN.9/509, párr. 124).

[65] Este proyecto de párrafo aborda la cuestión de los errores en las operaciones automatizadas (véase A/CN.9/WG.IV/WP.95, párrs. 74 a 79). Las versiones anteriores del proyecto de párrafo recogían, en la variante A del párrafo 1, una regla basada en el párrafo 2 del artículo 11 de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea, que crea la obligación para las personas que ofrecen esos servicios por medio de sistemas de información automatizados, de ofrecer los medios requeridos para rectificar todo error que ocurra en la introducción de los datos y que exige que dichos medios sean "apropiados, eficaces y accesibles". El proyecto de artículo fue básicamente objeto de dos tipos de críticas: por un lado, las de que el proyecto de convención no debía ocuparse de una cuestión sustantiva compleja como la de los errores y faltas, sobre la que el Grupo de Trabajo aún no había adoptado una decisión definitiva; por otro lado, las de que las obligaciones contempladas en el párrafo 2 del artículo 14 de la primera versión del proyecto de convención (que figura en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.95) eran cuestiones de índole reglamentaría o de derecho administrativo interno. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si cabe responder a esta última objeción suprimiendo dicha referencia a una obligación de proporcionar medios para rectificar todo error eventual y contemplar únicamente las consecuencias de derecho privado que quepa atribuir a la ausencia de dichos medios.

[66] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si es preciso que la exclusión por acuerdo se haga explícitamente o si cabe deducirla de un acuerdo tácito de las partes como, por ejemplo, cuando una parte procede a efectuar un pedido por medio del sistema de información automatizado del vendedor para que sea obvio para dicha parte que el sistema no brinda oportunidad alguna de rectificar errores en la introducción de los datos.

de otra persona no surtirá efecto alguno ni será ejecutorio si el iniciador cometió un error en su mensaje de datos y si[67]:

a) El sistema de información automatizado no brindó oportunidad alguna al iniciador para prevenir o rectificar su error;

b) El iniciador notifica su error a la otra parte, tan pronto como sea posible tras percatarse de su error, y hace saber que ha cometido un error en el mensaje de datos;

[c) El iniciador toma toda medida razonable, así como toda medida que responda a las instrucciones de la otra parte de devolver los bienes o servicios recibidos, de haber alguno, a resultas del error o, si se le ordena hacerlo, destruye dichos bienes o servicios; y si

[d) El iniciador ni ha utilizado los bienes o servicios de la otra parte, de haber recibido alguno, ni ha sacado de ellos ventaja o provecho material alguno[68].]

Variante B

1. [Salvo acuerdo [expreso] en contrario de las partes,[69]] el contrato celebrado por una persona que acceda al sistema de información automatizado de otra persona no surtirá efecto jurídico alguno ni será ejecutorio si el iniciador cometió un error en su mensaje de datos y si el sistema de información automatizado no le brindó oportunidad alguna de prevenir o rectificar su error. Toda persona que invoque un error, deberá notificarlo a la otra parte lo antes posible, haciendo saber que ha cometido un error en su mensaje de datos[70].

[2. Para poder invocar un error con arreglo al párrafo 1, toda persona deberá:

a) Haber tomado medidas razonables, y haber seguido las instrucciones de la otra parte, para devolver los bienes o servicios recibidos, de haber recibido alguno, a resultas del error o, si se le ordena hacerlo, destruir dichos bienes o servicios; o

---

67 La presente disposición se ocupa de los efectos jurídicos de los errores cometidos por personas físicas que se comunican con un sistema de información automatizado. El proyecto de disposición se inspira en el artículo 22 de la Ley Uniforme del Comercio Electrónico del Canadá. En el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que dicha disposición pudiera no ser adecuada en el contexto de operaciones comerciales (es decir, no efectuadas con consumidores), dado que el derecho a repudiar un contrato por error material no era algo que estuviera previsto en el marco del derecho general de los contratos. No obstante, el Grupo de Trabajo decidió retener el texto para su futuro examen (A/CN.9/509, párrs. 110 y 111).

68 Los apartados c) y d) aparecen entre corchetes dado que, en el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se sugirió que las cuestiones tratadas en ellos iban más allá de las cuestiones propias de la formación del contrato y suponían cierto desvío respecto de las consecuencias previstas por algunos ordenamientos jurídicos para la anulación de un contrato (A/CN.9/509, párr. 110.)

69 Véase la nota de pie de página 66.

70 Esta variante fusiona en dos párrafos los diversos elementos contenidos en los párrafos 2 y 3 y en los apartados a) a d) de la primera versión del proyecto de artículo (A/CN.9/WG.IV/WP. 95) como solicitó el Grupo de Trabajo (A/CN.9/509, párr. 111).

b) No haber utilizado los bienes o servicios recibidos de la otra parte, de haber recibido alguno, ni haber sacado de ellos ventaja o provecho material alguno[71].]

[*Toda otra disposición de índole sustantiva que el Grupo de Trabajo desee incluir*[72].]

CAPÍTULO IV. DISPOSICIONES FINALES

[*Artículo X. Declaraciones sobre exclusiones*[73]

1. Todo Estado podrá declarar en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no quedará obligado por lo dispuesto en el párrafo 1 b) del artículo 1 de la presente Convención[74].]

2. Todo Estado podrá declarar en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no aplicará la presente Convención a ninguna de las cuestiones que especifique en su declaración.

3. Toda declaración hecha de conformidad con los párrafos 1 y 2 del presente artículo surtirá efecto el primer día del mes que siga a la expiración de [seis] meses después de la fecha de su recepción por el depositario.]

Artículo Y. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otras convenciones internacionales[75]

1. De no haberse declarado otra cosa, en una declaración hecha de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo, todo Estado Parte en la presente

---

[71] Véase la nota de pie de página 68.

[72] Entre estas disposiciones suplementarias podrían figurar, además de las consecuencias del incumplimiento de los proyectos de artículo 11, 15 y 16, una cuestión que el Grupo de Trabajo todavía no ha examinado (A/CN.9/527, párr. 103), otras cuestiones que se ocupan de la legislación en materia de comercio electrónico, como la responsabilidad de los proveedores de servicios de información por pérdida o demora en la entrega de mensajes de datos.

[73] El Grupo de Trabajo no ha concluido sus deliberaciones sobre posibles exclusiones al anteproyecto de convención de conformidad con el proyecto de artículo 2 (A/CN.9/527, párrs. 83 a 98). Se ha añadido este proyecto de artículo como posible alternativa, para el caso de que no se logre un consenso sobre las posibles exclusiones al anteproyecto de convención.

[74] En su 41º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en examinar, en una etapa ulterior, una disposición que permitiera a los Estados Contratantes excluir la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 1, inspirada en el artículo 95 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (A/CN.9/528, párr. 42).

[75] Este proyecto de artículo tiene por objeto ofrecer una posible solución común para algunos de los obstáculos jurídicos al comercio electrónico con arreglo a los instrumentos internacionales vigentes, que ha sido objeto de un estudio que figura en una nota anterior de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.94). En el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo hubo acuerdo general en actuar de esa forma en la medida en que las cuestiones fueran comunes, lo que ocurría al menos con respecto a la mayoría de las cuestiones planteadas en relación con los instrumentos enumerados en la variante A (A/CN.9/527, párrs. 33 a 48). La variante B, a su vez, permitiría a un Estado contratante extender la aplicación del nuevo instrumento a la utilización de mensajes de datos en el contexto de otras convenciones internacionales, si ese Estado contratante lo consideraba oportuno. Las dos variantes podrían incluso fusionarse (véase nota de pie de página 78).

Convención [podrá declarar en cualquier momento que[76]] se compromete a aplicar lo dispuesto en el [artículo 7 y en el] capítulo III[77] de la presente Convención al intercambio [por medio de mensajes de datos] de cualesquiera comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud [, así como de una oferta y su aceptación,] que alguna de las partes deba o decida hacer en relación con o en virtud de ...

Variante A

... cualquiera de los siguientes acuerdos o convenciones internacionales de los que el Estado sea o pueda convertirse en Estado Contratante:

Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y Protocolo por el que se enmienda dicha Convención (Viena, 11 de abril de 1980)

Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980)

Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional (Viena, 17 de abril de 1991)

Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente (Nueva York, 11 de diciembre de 1995)

Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 12 de diciembre de 2001)

Variante B

... todo acuerdo o convención internacional sobre cuestiones de derecho mercantil privado en el que el Estado sea Parte Contratante y que el Estado señale en su declaración[78]].

2. Todo Estado podrá declarar en cualquier momento que no aplicará la presente Convención [o alguna disposición específica de la presente Convención] a los contratos internacionales que caigan dentro del ámbito de aplicación de

---

[76] El texto entre corchetes pretende dotar de mayor flexibilidad a la aplicación del proyecto de artículo, habida cuenta de que, sin esa aclaración, la disposición podría entenderse en el sentido de que, todo compromiso asumido con arreglo a lo dispuesto en el proyecto de artículo debería asumirse a raíz de la firma, ratificación o adhesión y no cabría extender su alcance en una etapa ulterior. Si se mantiene este texto, tal vez sea necesaria una disposición que refleje la del párrafo 3 del proyecto de artículo X en el proyecto de artículo Y.

[77] La referencia expresa a las disposiciones de índole sustantiva del proyecto de convención que figuran en el Capítulo III pretende evitar la impresión de que las disposiciones relativas al ámbito de aplicación del proyecto de convención afectarían a la definición del ámbito de aplicación de otras convenciones internacionales. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si las disposiciones del proyecto de artículo 7, al que se hace referencia entre corchetes, son también adecuadas para una aplicación subsidiaria (interpretativa) en el contexto de otras convenciones internacionales, o si podrían interferir en la interpretación actual de dichas convenciones.

[78] Una tercera posibilidad podría consistir en fusionar las dos variantes, de forma que el párrafo 1 de las convenciones enumeradas se aplique sin perjuicio del derecho de todo Estado Contratante a extender la aplicación del nuevo instrumento a la utilización de los mensajes de datos en el contexto de otras convenciones internacionales.

[cualquiera de las convenciones mencionadas] [uno o más acuerdos, tratados o convenciones internacionales en los que el Estado sea Parte Contratante y que el Estado haya señalado en su declaración].

3. Toda declaración formulada de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo surtirá efecto el primer día del mes que siga a la expiración del plazo de [seis] meses tras la fecha de su recepción por el depositario.

[*Toda cláusula habitual y toda otra cláusula final que desee incluir el Grupo de Trabajo*.]

C. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 42º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: Información de antecedentes
Nota de la Secretaría
(A/CN.9/WG.IV/WP.104 y Add. 1 a 4) [Original: inglés]

A/CN.9/WG.IV/WP.104

Índice

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Cuestiones relacionadas con la ubicación de las partes	3-26
	A. Ubicación de los sistemas de información	9-17
	B. Nombres de dominio y direcciones de correo electrónico	18-20
	C. ¿Están obligadas las partes a revelar la ubicación de sus establecimientos?	21-26

I. Introducción

1. En la presente nota se resume la labor de investigación realizada por la Secretaría acerca de algunas de las principales cuestiones que ha analizado el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) en sus deliberaciones sobre un anteproyecto de convención sobre la contratación electrónica[1]. Su propósito es servir de ayuda al Grupo de Trabajo en las deliberaciones que celebrará en su 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de octubre de 2003).

2. Las cuestiones que se analizan en la presente nota se relacionan esencialmente con la determinación de la ubicación de las partes. En documentos separados se irán publicando notas de antecedentes adicionales, relativas a cuestiones como la determinación de la intención de las partes y del momento de envío y de recepción

[1] La primera versión del anteproyecto de convención sobre la contratación electrónica figura en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.95. El Grupo de Trabajo examinó ese texto en sus 39º (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002) y 40º períodos de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002). Las deliberaciones del Grupo de Trabajo aparecen reflejadas en sus informes sobre la labor de los citados períodos de sesiones (A/CN.9/509 y A/CN.9/527, respectivamente). En el documento A/CN.9/WG.IV/WP.100 figura una segunda versión del anteproyecto de convención que fue objeto de examen por el Grupo de Trabajo en su 41º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003). Las deliberaciones del Grupo de Trabajo aparecen reflejadas en su informe sobre la labor del citado período de sesiones (A/CN.9/528), en el que el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del anteproyecto de convención para su examen en el 42º período de sesiones del Grupo. El texto así revisado aparece en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.103.

de cada mensaje de datos, así como relativas a la autenticación y atribución de los mensajes de datos, a la utilización de sistemas informáticos automatizados y a la disponibilidad o accesibilidad, para los interesados, de las condiciones contractuales y demás datos transmitidos.

II. Cuestiones relacionadas con la ubicación de las partes

3. Una de las preocupaciones constantes del Grupo de Trabajo, desde sus debates iniciales sobre los problemas que plantea la contratación electrónica, ha sido la necesidad de fomentar la certidumbre y predecibilidad jurídica. Cabría lograr dicha seguridad o certeza jurídica con un régimen uniforme que facilite la determinación de la índole internacional o nacional de un contrato, del lugar de su formación y de otros factores importantes de todo contrato. El Grupo de Trabajo estimó que, en general, sería deseable idear un régimen internacional uniforme que prevea que toda parte contractual debe poder determinar por adelantado la ubicación de su contraparte (A/CN.9/484, párr. 103).

4. La preocupación constante del Grupo de Trabajo, durante su examen de esta cuestión, ha sido que, debido a la utilización cada vez mayor de las comunicaciones electrónicas, es muy importante que todo negociante pueda determinar con la debida rapidez ciertas cuestiones contractuales, como la de saber si ha celebrado un contrato válido y ejecutorio y por qué ley se ha de regir dicho contrato.

5. El ámbito de aplicación de la mayor parte de las convenciones de derecho mercantil internacional está circunscrito a las operaciones "internacionales". Los criterios adoptados, a nivel nacional e internacional, para definir un contrato como "internacional" van desde nociones generales como la de que el contrato tenga "vínculos importantes con más de un Estado" o esté al servicio del "comercio internacional", hasta factores más concretos, como el hecho de que las partes tengan su "establecimiento" o residencia habitual en distintos países[2]. Si una parte contractual tiene más de un establecimiento, en esos instrumentos se hace referencia a aquel que guarde una relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento[3].

---

[2] Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ("Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa") (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, Núm. 25567, pág. 3, que también se puede consultar en www.uncitral.org/english/texts/sales/CISG.htm), artículo 1, párrafo 1; Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías ("Convención de las Naciones Unidas sobre la Prescripción") (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1511, Núm. 26119, pág. 1), artículo 2, apartado a); y artículo 1, apartado a), de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* y corrección (A/50/640 y Corr.1, anexo)). Véase también el Convenio del Unidroit sobre el arriendo financiero internacional, artículo 3, apartado 1 a) (www.unidroit.org/english/conventions/ c-leas.htm) y el Convenio del Unidroit sobre el Facturaje Internacional, artículo 2, apartado 1 a) (www.unidroit.org/english/conventions/c-fact.htm).

[3] Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, artículo 10 a); la Convención de las Naciones Unidas sobre la Prescripción, artículo 2 c); la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, artículo 4, párrafo 2 a); el Convenio del Unidroit sobre el arriendo financiero internacional, artículo 3, párrafo 2; y el Convenio del Unidroit sobre el Facturaje Internacional, artículo 2, párrafo 2.

6. Cuando las partes en un contrato concertado por vía electrónica indican con claridad la ubicación de su establecimiento pertinente, esa indicación ha de tenerse en cuenta como un criterio importante, si no como el más importante, para determinar el carácter "internacional" del contrato[4]. Sin embargo, de poco sirve esta regla si no se ha indicado establecimiento alguno.

7. Podrían surgir también dificultades en el marco del derecho interno en materia de conflictos de leyes, ya que en muchos ordenamientos se utilizan, como criterios o factores de conexión, las mismas nociones que se acostumbra a utilizar en las convenciones internacionales (es decir, el "establecimiento" o el lugar que guarde "una relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento"). Pueden surgir también problemas adicionales a resultas de la aplicación, en algunos países, de reglas de derecho internacional privado que utilizan como factor de conexión el lugar donde se celebre el contrato, dado que la ubicación de las partes, al concluirse el contrato, puede no ser evidente a la luz de las comunicaciones electrónicas intercambiadas entre ellas.

8. Sobre la base de lo que antecede, el Grupo de Trabajo ha examinado si existen circunstancias de las que se pueda inferir la ubicación del establecimiento pertinente y que se podrían utilizar para establecer una presunción jurídica de la ubicación de una de las partes.

A. Ubicación de los sistemas de información

9. En los protocolos de transmisión de las comunicaciones electrónicas, pese a que no se indica habitualmente dónde están ubicadas las partes, sí figuran frecuentemente varios otros tipos de datos aparentemente objetivos, como direcciones IP, definidas conforme al Protocolo Internet (IP)[5], nombres de dominio[6] o datos relativos a los sistemas de información que sirven de intermediarios. En consecuencia, cabe preguntarse cuál es el valor, caso de tener alguno, que podrá asignarse a dicha información para los fines de determinar la ubicación física de las partes.

10. De los estudios preparatorios de la Secretaría, para la primera versión del anteproyecto de convención, se desprende que la ubicación del equipo y de su tecnología de apoyo podría no ser un factor adecuado para establecer la ubicación de las partes, ya que no aporta una indicación suficiente acerca de la identidad de las partes primariamente interesadas en el contrato, podría ser cambiada en el curso de la negociación y es frecuente que las partes ni conozcan ni dispongan de medios para comprobar dicha ubicación, en el curso de su negociación (A/CN.9/WG.IV/WP.95, párr. 42). Asimismo, se señaló que la gestión y explotación de un sistema de información podía llevarse a cabo, en su integridad, en otro lugar o podía estar a cargo de un tercero. Por ejemplo, puede que la computadora de un proveedor de

[4] Por ejemplo, a tenor de lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

[5] Se entiende por dirección IP, es decir, definida conforme al Protocolo Internet (IP), un número que consta de 32 bits (128 según la versión 6 del IP) que identifica a cada expedidor o destinatario de información que se envía en "paquetes" por vía de Internet.

[6] Se entiende por nombre de dominio un nombre asignado a una dirección IP numérica que funciona como parte de un localizador uniforme de recursos (URL).

servicios Internet, en donde esté alojado el sitio en Internet del vendedor, concluya automáticamente con el comprador un contrato en nombre del vendedor. En consecuencia, confiar en la ubicación del equipo pudiera dar lugar a que se vincule indebidamente un contrato con un lugar geográfico que, aunque figure en la ruta seguida por los mensajes electrónicos intercambiados por las partes, no guarde relación alguna con la ubicación real de éstas[7]. Otro resultado desaconsejable sería que el establecimiento de una persona, cuando negocie un contrato por vía electrónica, sea distinto del establecimiento de dicha persona cuando negocie por otros medios[8]. El Grupo de Trabajo ha hecho suyo en general dicho análisis (A/CN.9/509, párrs. 50 y 57).

11. Sin embargo, cabe concebir que el comercio electrónico y la "nueva economía" entrañen quizá actividades que se lleven a cabo total o predominantemente por conducto de sistemas de información, sin un "establecimiento"[9] fijo o sin ningún otro vínculo con una ubicación física que no sea, por ejemplo, la inscripción de su escritura de constitución en un determinado registro. Se ha aducido que, en el caso de estas denominadas "empresas virtuales", tal vez no sea razonable aplicar los mismos criterios que se utilizan tradicionalmente para determinar el establecimiento de una persona. En otras palabras, cabe cuestionar la procedencia de asignar algún valor jurídico a la ubicación del equipo y de la tecnología que apoya al sistema de información o a los lugares donde sea posible acceder a dicho sistema para determinar, a partir de ellos, el lugar en donde esa "empresa virtual" tenga su establecimiento.

12. Hasta la fecha, el Grupo de Trabajo no parece sentirse inclinado a abandonar ninguno de los criterios tradicionales por los que acostumbra a determinar la ubicación de un "establecimiento" (A/CN.9/509, párrs. 51 a 54 y 56 a 59; véase también A/CN.9/528, párr. 93). Sin embargo, no se ha realizado todavía un examen a fondo de los "establecimientos virtuales". A ese respecto, tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de la labor conexa que ya han realizado otras organizaciones.

---

[7] La necesidad de conservar las mismas definiciones que se emplean para las operaciones comerciales que no se negocian por vía informática se menciona también en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 sobre determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el mercado interno (*Boletín Oficial de las Comunidades Europeas* L 17, 17/07/2000, p. 0001 016) que reza:

> "El lugar en el que está establecido el proveedor de servicios debe determinarse de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con arreglo a la cual el concepto de establecimiento entraña la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período indefinido; […] la ubicación del establecimiento de una empresa que proporcione servicios no es el lugar en el que está situada la tecnología que sirve de soporte al sitio ni el lugar en que se puede tener acceso al sitio sino el lugar en que realiza su actividad económica."

[8] El riesgo de que se cree una dualidad de regímenes para el comercio según cuál sea la vía por la que se negocia, ha sido una de las principales inquietudes expresadas por la Cámara de Comercio Internacional en relación con la labor actual de la CNUDMI sobre la contratación electrónica (véase A/CN.9/WG.IV/WP.96; véase también A/CN.9/WG.IV/WP.101).

[9] Thibault Verbiest y Maxime Le Borne, "*Le fonds de commerce virtuel: une réalité juridique?*" (www.droit-technologie.org), 24 de mayo de 2002.

13. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), en el contexto de su labor sobre los aspectos internacionales de la tributación, ha examinado la cuestión de la ubicación de las entidades que ofrecen bienes y servicios por medios electrónicos. El 22 de diciembre de 2000, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE introdujo cambios en su comentario del artículo 5 del Convenio modelo sobre la doble tributación por concepto de ingresos o de capital ("el Convenio fiscal modelo de la OCDE") para tratar de eliminar toda dificultad que pueda haber en la aplicación al comercio electrónico de la definición de establecimiento permanente, conforme se entiende en el contexto del Convenio fiscal modelo[10].

14. El Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE señala que, si bien la ubicación donde una empresa explota equipo automatizado "puede constituir un establecimiento permanente en el país donde está situado" el equipo, se tiene que hacer una distinción "entre el equipo informático, que cabe montar en algún lugar de forma que, en ciertos supuestos, constituya el equivalente de un establecimiento permanente, y los datos y programas informáticos que se utilizan o almacenan en dicho equipo". Según esa interpretación, un sitio en Internet, que es una combinación de programas informáticos y de datos electrónicos, "no constituye en sí mismo un bien corporal y, por ello, no ocupa un lugar que pueda constituir un 'establecimiento', ya que, por lo que respecta a los programas informáticos y datos instalados y 'alojados' en dicho sitio en Internet, no hay 'instalaciones fijas, tales como locales y, en algunos casos, ni siquiera maquinaria o equipo' [...]", cuya ubicación real quepa atribuir a dichos programas y datos. Por otra parte, el Comité de Asuntos Fiscales señala que "un servidor, en el que esté alojado dicho sitio y por conducto del cual se acceda a él, es un aparato o una unidad de equipo electrónico que sí tiene una ubicación física y, en consecuencia, esa ubicación puede constituir el 'establecimiento fijo' de la empresa que explota dicho servidor"[11].

15. La distinción entre un sitio en Internet y el servidor en el que dicho sitio está alojado y se utiliza se justifica con las siguientes razones:

> "[...] la empresa que explota un servidor informático puede ser distinta de la empresa que negocie sus operaciones por conducto de un sitio en Internet que esté alojado en dicho servidor. Por ejemplo, sucede a menudo que el sitio en Internet por conducto del cual una empresa negocia sus operaciones está alojado en el servidor de un proveedor de servicios Internet. Aunque, en esos arreglos, los pagos a ese proveedor pueden basarse en el espacio ocupado por dicho sitio, en el disco del servidor, para almacenar los programas informáticos y los datos requeridos, por la empresa titular del sitio, para operar en Internet, en general esos contratos no significan que el servidor y su ubicación estén a disposición de la empresa usuaria de sus servicios [...], aun cuando dicha empresa haya podido decidir que su sitio en Internet esté en un determinado servidor, ubicado en cierto lugar. En dicho supuesto, la empresa ni siquiera tiene una presencia física en dicho lugar, dado que su sitio en Internet no constituye un bien corporal ubicable. En consecuencia, no se puede

[10] Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, *Clarification on the application of the permanent establishment definition in e-commerce: changes to the commentary on the Model Tax Convention on Article 5* (se puede consultar en www.oecd.org/dataoecd/46/32/1923380.pdf, actualizada por última vez el 3 de septiembre de 2003).

[11] Ibíd., párr. 42.2.

considerar que la empresa haya adquirido un establecimiento mediante ese arreglo con la empresa explotadora del servidor. Sin embargo, si la empresa, que negocia sus operaciones a través de un sitio en Internet, utiliza un servidor que esté a su propia disposición, por ejemplo por ser ella misma la empresa que posee (o alquila) y explota el servidor donde está alojado y se utiliza su sitio en Internet, en ese caso el lugar donde ese servidor esté ubicado podrá constituir el establecimiento permanente de la empresa, con tal de que se cumplan los demás requisitos del [artículo 5 del Convenio fiscal modelo][12]."

16. A fin de distinguir entre un sitio en Internet y el servidor donde dicho sitio está alojado, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE recalca la importancia de identificar el lugar donde se ejecuten las funciones básicas de una empresa, y no meramente sus actividades secundarias o auxiliares (por ejemplo, servir de enlace para las comunicaciones entre los proveedores y los clientes, divulgar publicidad de los bienes o servicios ofrecidos, retransmitir información mediante un servidor espejo o réplica creado con fines de seguridad y eficiencia, reunir datos de mercado para la empresa o facilitar información). A ese respecto, se brinda la siguiente aclaración:

"٤٢.٩ Lo que constituyen funciones básicas o principales para una empresa particular dependerá evidentemente de la naturaleza del negocio al que se dedique. Por ejemplo, algunos proveedores de servicios Internet se

[12] Los párrafos 1, 2 y 4 del Artículo 5 ("Establecimiento permanente") del Convenio Fiscal Modelo rezan como sigue:

"١. Para los fines del presente Convenio, se entenderá por 'establecimiento permanente' un local comercial fijo por el que se realiza la totalidad o parte del negocio de una empresa.

2 . El término 'establecimiento permanente' será aplicable, en particular, a:

a) todo centro de gestión;
b) una sucursal;
c) una oficina;
d) una fábrica;
e) un taller, y
f) una mina, un pozo de petróleo o de gas, una cantera o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales.

[...]

4. No obstante lo anteriormente dispuesto en el presente artículo, no se entenderá que existe un 'establecimiento permanente' si el local fijo de que se dispone:

a) consta de instalaciones que tan sólo se utilizan para fines de almacenamiento, exposición o entrega de bienes o mercancías que pertenecen a la empresa;
b) sirve para el mantenimiento de existencias de bienes o mercancías que pertenecen a la empresa tan sólo para fines de almacenamiento, exposición o entrega;
c) sirve para el mantenimiento de existencias de bienes o mercancías que pertenecen a una empresa tan sólo para fines de su procesamiento por otra empresa;
d) sirve únicamente como local para la adquisición de bienes o mercancías o para la obtención de información, para la empresa;
e) sirve tan sólo para llevar a cabo, al servicio de la empresa, alguna otra actividad de naturaleza preparatoria o auxiliar;
f) sirve tan sólo para llevar a cabo cualquier combinación de las actividades mencionadas en los apartados a) a e), siempre que la actividad global resultante de dicha combinación sea de naturaleza preparatoria o auxiliar.

[...]."

dedican al negocio de operar o explotar servidores propios ofreciendo alojar sitios u otras aplicaciones en Internet al servicio de otras empresas. Para estos proveedores de servicios Internet, la operación comercial de esos servidores al servicio de sus clientes constituye una función esencial en el marco de su actividad comercial, que no cabe considerar ni como preparatoria ni como auxiliar. Caso diferente sería el de aquellas empresas (denominadas a veces *e-tailers* o minoristas electrónicos) que se dedican al negocio de la compraventa de productos por Internet. En tal caso, la empresa no se dedica a la operación comercial de servidores y el simple hecho de que los opere en un lugar determinado no basta para concluir que las actividades realizadas en ese lugar superan el marco de lo preparatorio o auxiliar. Es menester examinar en tal caso la naturaleza de las actividades realizadas en ese lugar a la luz del negocio al que se dedique la empresa. Si esas actividades se limitan a ser preparatorias o auxiliares del negocio de compraventa de productos por Internet (por ejemplo, si dicho lugar no es sino el local donde funciona un servidor que aloja un sitio comercial en Internet que, como ocurre a menudo, se utiliza exclusivamente para divulgar publicidad, exponer un catálogo de productos o suministrar información a eventuales clientes), [...] dicho local no constituirá establecimiento permanente alguno. Si, por el contrario, es allí donde se negocian las funciones constitutivas de una compraventa (por ejemplo, si la conclusión del contrato con el cliente, la tramitación del pago y la entrega del producto se negocian automáticamente a través del equipo situado en dicho local), esas actividades no pueden considerarse como meramente preparatorias o auxiliares del negocio de la empresa."

17. La aclaración citada muestra las condiciones estrictas bajo las cuales cabe considerar como establecimiento permanente, para fines fiscales, a un servidor informático. Pese a que el término "establecimiento", como suele definirse en derecho privado tal vez no coincida con el sentido que se da a dicho término en la normativa fiscal de ámbito nacional e internacional, el Grupo de Trabajo tal vez desee, no obstante, examinar en qué medida la aclaración dada por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE contiene elementos que cabría utilizar en el artículo 7 del anteproyecto de convención.

B. Nombres de dominio y direcciones de correo electrónico

18. Una cuestión conexa con la anterior es la de determinar en qué medida la dirección desde la cual se expidieron los mensajes electrónicos puede tomarse en consideración a fin de determinar la ubicación de una de las partes, de tal modo que en el caso de direcciones vinculadas a un nombre de dominio correspondiente a determinado país (como en el caso de direcciones que terminan en ".at" para Austria, ".nz" para Nueva Zelandia, etc.) se crearía una presunción de que el establecimiento de la empresa que da esa dirección se encuentra en dicho país.

19. En el curso de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, se dijo que, en algunos países, la atribución de un nombre de dominio se hacía únicamente tras haber verificado la exactitud de la información facilitada por el solicitante, incluida su ubicación en el país indicado en dicho nombre. Respecto de esos países, tal vez proceda fiarse, al menos en parte, del nombre de dominio para establecer la ubicación de una parte contractual (A/CN.9/509, párr. 58). No obstante, en países en

los que no se lleve a cabo tal verificación, no sería procedente considerar automáticamente una dirección de correo electrónico o el nombre de dominio que figura en dicha dirección como equivalentes funcionales de la ubicación física del establecimiento de dicha parte[13]. Además, en algunos ramos de negocios es común que las empresas ofrezcan bienes o servicios a través de diversos sitios regionales en Internet que llevan nombres de dominio vinculados a países en los que esas empresas no tienen un "establecimiento" en el sentido tradicional de este término. Por otra parte, las mercancías pedidas a la empresa a través de cualquiera de esos sitios en Internet pueden expedirse al cliente desde almacenes cuyo fin sea aprovisionar a determinada región y que pueden estar situados en un país que no corresponda a ninguno de los nombres de dominio indicados en las direcciones facilitadas.

20. Tal vez el Grupo de Trabajo desee seguir examinando el papel que pueden desempeñar los nombres de dominio y las direcciones de correo electrónico para crear una presunción de la ubicación de una empresa y cómo debería establecerse tal presunción a fin de tener en cuenta los diversos sistemas y prácticas nacionales para la atribución o asignación de nombres de dominio. Una situación particular que el Grupo de Trabajo tal vez deba tener presente se relaciona con el uso de nombres de dominio "genéricos" de alto nivel[14] tales como ".com" o ".net". En dichos nombres de dominio y direcciones de correo electrónico no se indica vínculo o conexión alguna con ningún país en particular, lo cual es posible habida cuenta de que el sistema de atribución de nombres de dominio a los sitios en Internet no fue concebido en términos estrictamente geográficos.

C. ¿Están obligadas las partes a revelar la ubicación de sus establecimientos?

21. El examen anterior ha demostrado que la denominada información periférica obtenida de un mensaje electrónico, como la dirección IP (es decir, definida conforme al Protocolo Internet), el nombre de dominio o la ubicación geográfica de

[13] De acuerdo con la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)* (sociedad Internet para nombres y números asignados), la atribución o asignación de nombres de dominio de alto nivel (TLD) en los que se incluye un código de país (ccTLD) se "delega en administradores nombrados a dicho fin, que se encargan de gestionar la asignación y utilización de dichos nombres de acuerdo con la política local al respecto, que estará adaptada, en la medida de lo posible, a las circunstancias económicas, culturales, lingüísticas y jurídicas del país o territorio de que se trata" (www.icann.org/tlds/). Huelga decir que cada país desarrolla su propia reglamentación interna para la asignación de nombres de dominio en el ámbito de su jurisdicción. El régimen sueco para la inscripción de los nombres de dominio en el registro exige, por ejemplo, ciertas pruebas del derecho que una empresa tenga al nombre de dominio que desee inscribir, así como de su vínculo o conexión con dicho país, mientras que otros regímenes más "liberales", como es el caso de Alemania, exigen tan sólo la presencia de una "persona de contacto" en el país (véase Frederik Roos, " 'First come, not served': domain name regulation in Sweden", *International Review of Law Computers and Technology*, vol. 17, Núm. 1, pág. 70).

[14] Los nombres de dominio de alto nivel "genéricos" se inscriben directamente a través del organismo o agencia de registro autorizada por ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, es decir, por la sociedad Internet para nombres y números asignados) (para mayor información sobre este sistema, véase www.iana.org/cctld/cctld.htm).

un sistema de información, puede ser de escaso valor para determinar la ubicación física de la empresa emisora de dicho mensaje.

22. Un enfoque que el Grupo de Trabajo examina es exigir que toda parte en una operación concertada por vía electrónica indique claramente la ubicación de su establecimiento respectivo, como puede verse en el texto actual del párrafo 1 del artículo 7 y en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 11 del anteproyecto de convención. Esa propuesta ha suscitado, no obstante, diversas inquietudes, como la del riesgo de que dicha obligación, no aplicable a las operaciones internacionales consignadas sobre papel, pueda dar lugar a una dualidad de regímenes jurídicos (véase A/CN.9/509, párr. 123). Otra inquietud sería la de saber cuáles serán las consecuencias jurídicas de que se haya omitido dicho dato o de que se facilite un dato inexacto y la forma en que un instrumento internacional uniforme sobre contratación electrónica podría resolver esta cuestión sin interferir con el derecho interno por lo demás aplicable al contrato (A/CN.9/509, párrs. 44 a 50 y 62 a 65 y A/CN.9/528, párrs. 83 a 91).

23. Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que, aun cuando en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías no se impone ninguna obligación de revelar dicho dato, algunos otros instrumentos sí obligan a las partes a dar a conocer la ubicación de su establecimiento. Tal es el caso del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías ("Reglas de Hamburgo")[15] y, por lo menos implícitamente, del párrafo 1 del artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (resolución de la Asamblea General 50/48, anexo). Si bien es cierto que dichos instrumentos se refieren al contenido obligatorio de ciertos documentos que se emiten con arreglo al régimen de dichos tratados, no parece haber de por sí razón alguna para excluir la adopción de un régimen análogo en el marco del anteproyecto de convención toda vez que su artículo 11 versa sobre la información que se debe adjuntar en todo mensaje utilizado para fines comerciales.

24. No parece necesario que el incumplimiento de lo dispuesto en el proyecto de artículo 11 haya de suponer la nulidad de la operación afectada o su no ejecutoriedad, solución que se juzgó "desaconsejable y excesiva" (A/CN.9/509, párr. 63). El párrafo 3 del artículo 15 de las Reglas de Hamburgo, por ejemplo, establece claramente que la omisión en el conocimiento de embarque de uno o varios de los datos requeridos "no afectará a la naturaleza jurídica del documento como conocimiento de embarque, a condición, no obstante, de que se ajuste a los requisitos". Cabe no obstante prever ciertas consecuencias que den mayor sentido a lo dispuesto en el artículo 11 del anteproyecto de convención.

25. Una consecuencia posible sería vincular a dicha omisión la determinación eventual del ámbito de aplicación del proyecto de convención. Por ejemplo, se puede presumir que una parte que no da a conocer la ubicación de su establecimiento consiente en que el contrato quede sujeto al régimen del proyecto de convención si la otra parte está situada en un Estado contratante y si el derecho por lo demás aplicable es el del Estado contratante. Resulta claro que tal solución sólo surtiría efecto si la convención se pudiera aplicar por remisión contractual de

[15] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1695, Núm. 29215, pág. 3.

las partes, incluso sin estar ambas ubicadas en Estados contratantes, posibilidad que el Grupo de Trabajo no ha terminado de examinar (A/CN.9/528, párrs. 43 y 44).

26. La vía judicial permite a su vez sancionar el hecho de que una parte no haya revelado la ubicación de su establecimiento, intencionadamente o sin darse cuenta. En un caso reciente, un tribunal de los Estados Unidos decidió citar, por la vía electrónica, a una empresa extranjera conminándola a comparecer a raíz de una demanda presentada contra ella, amparándose para ello en el hecho de que la empresa extranjera había estructurado su negocio de forma tal que sólo podía ser contactada mediante su dirección de correo electrónico y no había consignado ninguna dirección postal de fácil acceso[16]. Tal vez no resulte fácil trasladar esa solución al contexto de un instrumento internacional de derecho mercantil. Pese a ello, esa jurisprudencia ofrece un ejemplo de un tipo de sanción jurídica que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar, a saber, la de que esa omisión constituya una presunción de que toda parte en un contrato que no haya revelado la ubicación de su establecimiento consienta en recibir mensajes o notificaciones judiciales por conducto de cierto sistema de información, es decir, por conducto del sistema utilizado.

[16] *Rio Properties, Inc.* contra *Rio International Interlink*, Tribunal de Apelación del *Ninth Circuit* de los Estados Unidos, 17 de enero de 2002 (284 F.3d 1007). El caso entrañó diversas demandas por violación de derechos de patente interpuestas por una empresa americana contra una empresa extranjera dedicada a negocios de Internet. Tras diversos intentos frustrados de citar al demandado por la vía habitual para que compareciera ante el tribunal competente en los Estados Unidos de América, el demandante presentó una petición de urgencia para que la citación del demandado se cursara por correo electrónico, que cabía deducir que era la vía de comunicación preferida del demandado. El tribunal de distrito dio curso a dicha petición y, a resultas de la incomparecencia del demandado, dictó contra él sentencia en rebeldía por incumplimiento del mandato del tribunal de informar sobre ciertos datos. El demandado apeló impugnando la suficiencia de la notificación dada de la demanda, que había sido cursada por correo electrónico y por correo regular de conformidad con la regla federal 4 f) 3) de derecho procesal civil. Dicha regla permite que toda notificación que haya de darse en lugares no situados en algún distrito judicial de los Estados Unidos sea cursada "por algún medio ... , que no esté prohibido en algún acuerdo internacional, que el tribunal indique". El Tribunal de Apelación llegó a la conclusión de que la notificación de la demanda por correo electrónico no sólo era correcta, esto es, elegida razonablemente como medio eficaz para informar al demandado de la demanda presentada contra él y darle la oportunidad de responder, sino que, en este caso particular, era el método de notificación que más probabilidades tenía de llegar al demandado. El Tribunal observó a ese respecto que el demandado "había estructurado su negocio de forma tal que sólo podía ser contactado mediante su dirección de correo electrónico" y que "no había consignado ninguna dirección postal que fuera fácil de descubrir". Por el contrario, tanto en su sitio en Internet como en textos impresos, el demandado indicaba que su dirección electrónica era la vía preferida para que se estableciera contacto con la empresa".

A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.1

Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 42º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: información de antecedentes
Nota de la Secretaría

ADICIÓN

Índice

		Párrafos
III.	Cuestiones relacionadas con la utilización de mensajes de datos en los contratos internacionales	1-17
A.	Determinación de la intención de las partes: oferta contractual e invitación a presentar ofertas	2-17
1.	"Ofertas" y "anuncios" en el comercio electrónico	4-7
2.	Debate del Grupo de Trabajo	8-10
3.	Fallos emitidos por los tribunales en algunos casos recientes	11-17

III. Cuestiones relacionadas con la utilización de mensajes de datos en los contratos internacionales

1. En el presente capítulo se abordan dos cuestiones generales relativas a la formación del contrato por medios electrónicos. En la sección A *infra* se examina la forma en que pueden aplicarse las nociones tradicionales de oferta y aceptación a la negociación del contrato por medios electrónicos. En la sección B, que figura en otra adición (A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.2), se analizan las cuestiones relacionadas con la determinación del momento en que se efectúan las comunicaciones, particularmente del momento en que se efectúa la recepción o el envío de una oferta o de una aceptación.

A. Determinación de la intención de las partes: oferta contractual e invitación a presentar ofertas

2. El párrafo 1 del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ("la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa")[1] dispone que la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá una oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. En el párrafo 2) del mismo artículo se señala, sin embargo, que

[1] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, Núm. 25567, pág. 3 (puede consultarse también en www.uncitral.org/english/texts/sales/CISG.htm).

toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

3. En un entorno de documentos impresos, los anuncios en los periódicos, por la radio, por la televisión y en catálogos, folletos y listas de precios se consideran generalmente invitaciones a presentar ofertas (según algunos autores, incluso en los casos en que vayan dirigidos a un grupo determinado de clientes), porque en estos casos se considera que no existe la intención de quedar obligado por la propuesta u oferta anunciada[2].

1. "Ofertas" y "anuncios" en el comercio electrónico

4. Si la noción de "oferta" de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa se traslada a un entorno electrónico, se debe considerar que toda empresa que anuncie sus productos o servicios por algún sitio en Internet, o en alguna otra red abierta, está únicamente invitando a quienes tengan acceso a dicho sitio a presentar sus ofertas. Por ello, ninguna oferta de productos o servicios por Internet constituiría, en principio, una oferta que sea vinculante para el oferente[3].

5. La dificultad en este contexto está en dar con una regla ponderada y equitativa que respete la intención de un comerciante de quedar o no obligado por su oferta, por una parte, y que ampare a toda persona que se fía de dicha oferta y la acepta de buena fe, por otra. La tecnología de Internet hace posible dirigir información personalizada y detallada a un número virtualmente limitado de personas y dicha tecnología permite que los contratos se concluyan casi instantáneamente, o al menos crea la impresión de que se ha concluido así un contrato.

6. En la doctrina jurídica se ha señalado que el paradigma de la "invitación a presentar ofertas o a negociar" puede no resultar adecuado para una transposición sin reservas al entorno de Internet. Uno de los criterios posibles para distinguir entre una oferta vinculante y una oferta publicitaria o invitación a negociar podría basarse en la naturaleza de las solicitudes utilizadas por las partes. En la doctrina jurídica sobre la contratación electrónica se ha propuesto una distinción entre los sitios

---

[2] John Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2ª edición (Kluwer, Deventer, 1991), págs. 195 a 196, Ernst von Cammerer y Peter Schlechtriem, *Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2ª ed. (München, 1995), artículo 14, Núms. 13 a 15, págs. 144 a 146; Peter Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (CISG) (Clarendon Press, Oxford, 1998), art. 14, Núms. 13 a 15, págs. 111 a 112; Heinrich Honsell, ed., *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 1997), art. 14, Nos 17 a 19, pág. 121; Fritz Enderlein y Dietrich Maskow, *International Sales Law* (Oceana, New York/London/Roma, 1992), pág. 83; y María del Pilar Perales Viscasillas, *La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías* (Valencia, 1996), párr. 289. Sin embargo, algunos analistas señalan que los envíos postales de catálogos dirigidos a destinatarios nominalmente designados podrían considerarse como una oferta vinculante, porque no cabe considerar estos envíos postales como destinados a "personas no identificadas" (Vicent Heuzé, *La vente internationale de marchandises* (L.G.D.J., París, 2000), Núm. 175, y pág. 156; véase también Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises* (L.G.D.J., París, 1990), Núm. 62, pág. 58, y Jean Thieffry y Chantal Granier, *La vente internationale*, 2da ed. (Centre français du commerce exterieur, París, 1992), pág. 89).

[3] Jens Werner, "E-Commerce.CO.UK: Local rules in a global net: online business transactions and the applicability of traditional English contract law rules", *International Journal of Communications Law and Policy*, Núm. 6, Winter 2000/2001, pág. 5.

informáticos que ofrecen bienes o servicios por conducto de programas o aplicaciones interactivas y los que usan aplicaciones no interactivas. Si en un sitio informático se presenta únicamente información sobre una empresa y sus productos, y si todo contacto con los posibles clientes ha de establecerse por un conducto ajeno al medio electrónico utilizado, en dicho caso apenas habría diferencia alguna respecto de un anuncio convencional. Sin embargo, un sitio informático en Internet dotado de aplicaciones interactivas permitiría, en principio, entablar negociaciones y concluir de inmediato el contrato (y si se trata de mercaderías virtuales, incluso darle cumplimiento inmediato). En la doctrina jurídica sobre el comercio electrónico se ha propuesto que una oferta presentada por conducto de una aplicación interactiva sea tenida por una oferta "abierta a la aceptación mientras duren las existencias", en oposición a una "invitación a negociar"[4].

7. Esta propuesta es, por lo menos a simple vista, compatible con la doctrina jurídica relativa a las operaciones tradicionales. Cierto es que la noción de una oferta al público que sea vinculante para el oferente "mientras duren las existencias" también está reconocida en el marco de las operaciones de compraventa internacional[5]. No obstante el alcance potencialmente ilimitado de la red Internet y el riesgo de errores en las comunicaciones electrónicas, incluso en la indicación de los precios y de otros datos relativos al producto publicados en un sitio informático, -que puede verse agravado por la utilización de funciones de respuesta automática desprovistas de todo dispositivo de revisión y rectificación de errores- parece reclamar cierta cautela[6].

2. Debate en el Grupo de Trabajo

8. En último término, se trata de una cuestión de asignación de los riesgos: ¿Debe quedar obligado el vendedor por su "oferta" por haber dado la impresión de que su oferta era para él obligatoria sin dar a entender otra cosa? O por el contrario, ¿debe el comprador asumir el riesgo de haber tal vez desaprovechado alguna otra oportunidad comercial por el hecho de haber confiado en lo que parecía constituir una oferta en firme del oferente?

9. A favor de que se establezca una presunción supletoria, de la intención de quedar obligado del oferente, aplicable a toda utilización de una aplicación interactiva por el oferente, cabe alegar el interés de aumentar la certidumbre o seguridad jurídica de las operaciones internacionales. Se ha señalado que toda persona que responda a una oferta de bienes o servicios presentada por conducto de una aplicación que permita la negociación interactiva de un contrato puede sentirse justificada en haber estimado que dicha oferta constituía una oferta en firme, por lo que al presentar su pedido podía estar concluyendo válidamente un contrato

---

[4] Christoph Glatt, "Comparative issues in the formation of electronic contracts", *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 6, Spring 1998, pág. 50.

[5] Von Caemmerer y Schlechtriem, op. cit., pág. 144; Perales Viscasillas, op. cit., pág. 295 y el ejemplo de la legislación española que se señala en la nota de pie de página 41.

[6] Werner (op. cit., pág. 5) subraya la importancia práctica de distinguir entre una invitación a negociar y una oferta contractual, con el siguiente ejemplo: "La empresa minorista electrónica Argos ofreció por error un televisor marca Sony por 3,00 libras en lugar de por 299,99 libras. Muchas personas que descubrieron la ganga formularon pedidos de televisores, lo que constituiría una aceptación (con la que se concluía el contrato) si cabía considerar el anuncio electrónico de Argos como una oferta auténtica".

vinculante en dicho preciso instante. Se ha dicho que toda persona debería poder actuar en función de una hipótesis tan razonable como ésta, habida cuenta de las consecuencias económicas potencialmente graves de que se frustre un contrato, en particular tratándose de órdenes de compra de títulos bursátiles, de productos básicos o de otros artículos cuyo precio esté expuesto a fluctuaciones importantes. Una regla de derecho supletorio que establezca dicha presunción podría contribuir a dotar de mayor transparencia a las prácticas comerciales, al alentar a las empresas a indicar claramente si consienten o no en quedar obligadas por la aceptación de sus ofertas de bienes o servicios o si únicamente están formulando una invitación a que se les haga ofertas o pedidos (A/CN.9/509, párr. 81).

10. Se ha dicho, en contra de dicha regla, que asignar una presunción, de que el oferente consiente en quedar obligado, aplicable al mero hecho de que dicho oferente haya presentado su oferta por conducto de una aplicación informática interactiva, constituiría un peligro para todo vendedor que sólo disponga de existencias limitadas de la mercancía ofrecida, pues podría quedar obligado a atender todos los pedidos recibidos de un número potencialmente ilimitado de compradores. Se ha dicho además que esa regla sería contraria a la práctica comercial, dado que las empresas que ofrecen bienes o servicios por Internet acostumbran a indicar, en su sitio comercial en dicha red, que no quedarán automáticamente obligadas por el contenido de su oferta publicitaria (A/CN.9/509, párr. 82; véase también A/CN.9/528, párrs. 116 y 117).

3. Fallos emitidos por los tribunales en algunos casos recientes

11. Con miras a facilitar el examen de las repercusiones de que se opte por una u otra solución, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de los principios que han ido definiendo los tribunales nacionales a este respecto. En general, los fallos judiciales recientes en causas relativas a ofertas de bienes corporales por Internet parecen confirmar el mencionado entendimiento[7]. Sin embargo, algunos otros fallos parecen indicar que ciertos tipos de negocios concertados por Internet tal vez reclamen un régimen especial, como se expone *infra*.

a) Acuerdos de "pulsar y comprar"

12. Una de estas tendencias de la jurisprudencia concierne casos relativos a los llamados acuerdos de "pulsar y comprar" ("*click-wrap agreements*") en los Estados Unidos de América. La mayoría de dichos casos, cuando no todos, versaron sobre contratos con prestadores de servicios Internet o sobre la compraventa en línea de programas informáticos, o de otros productos de información digitalizada, efectuada por conducto de sitios informáticos que permitían la descarga en línea de dichos programas o productos informáticos o la conexión inmediata con un proveedor de

[7] Amtsgericht Butzbach, Causa Núm. 51 C 25/02 (71), 14 de junio de 2002, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 348/2002 (www.jurpc.de/rechtspr/20020348.htm); Oberlandesgericht Frankfurt, 20 de noviembre de 2002, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 91/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030091.htm); Amtsgericht Westerburg, Causa Núm. 21 C 26/03, 14 de marzo de 2003, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 184/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030184.htm); y Landgericht Köln, Causa Núm. 9 S 289/02, 16 de abril de 2003, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 138/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030138.htm) (todas las páginas visitadas el 9 de septiembre de 2003).

servicios de acceso a Internet[8]. La práctica usual utilizada era la de presentar a los usuarios cierto tipo de mensajes en la pantalla de su computadora en donde se les pedía que declararan su conformidad con las condiciones del acuerdo de licencia ofrecido pulsando un icono. Los productos no podían obtenerse ni utilizarse mientras no se pulsara dicho icono. La cuestión principal suscitada en estos casos ha sido la de la exigibilidad de las condiciones o estipulaciones del contrato, pretendidamente incorporadas al mismo por remisión, y las condiciones en las que un consumidor pudiera quedar válidamente obligado por dichas estipulaciones. Aunque en estos casos no se ha abordado directamente la naturaleza de la oferta del vendedor (es decir, si se trataba de una oferta auténtica o únicamente de una invitación a negociar), el razonamiento utilizado por los tribunales para abordar estos casos ha consistido en asignar un cierto sentido a la índole de la vía de comunicación empleada del que el foro competente estima poder deducir la intención o la índole de la "oferta".

13. En primer lugar los tribunales que hasta ahora se han ocupado de las ofertas de "pulsar y comprar", incluso los que han negado la exigibilidad ante los tribunales de un trato así concluido -en su totalidad o únicamente respecto de algunas de sus cláusulas o condiciones- en perjuicio del interés del consumidor[9], no han cuestionado la intención del vendedor de quedar obligado por su oferta en Internet de un programa o de un producto informático análogo. Además, aunque algunos tribunales han cuestionado la validez de pulsar sobre un icono o sobre un botón, que exprese "estoy de acuerdo" (*"agree"*), como forma de expresar el consentimiento del cliente respecto de las condiciones de un acuerdo de licencia ofrecido por un proveedor de programas informáticos, los tribunales no han exigido ningún acto subsiguiente del proveedor como condición para que el contrato quede formado. Además, los tribunales tampoco han negado la existencia de un contrato sobre la base de que la acción de respuesta del consumidor al anuncio del vendedor constituía la auténtica oferta contractual que había de ser aceptada por el vendedor o proveedor para que se formara el contrato. De hecho, queda implícito en el razonamiento de los tribunales que -por lo menos en teoría- puede formarse un contrato válido con tal de que el consumidor haya indicado válidamente su intención de comprar los programas informáticos ofrecidos. Los tribunales no han considerado al cliente como el oferente efectivo y han conceptuado con claridad, aunque no de manera explícita, que la oferta presentada por el vendedor en su sitio informático constituye, de hecho, una oferta contractual o compromisos vinculantes de su parte y no una mera "oferta anuncio" o invitación a que los demás hagan ofertas.

---

[8] Véase *Lawrence Groff* contra *America Online, Inc.*, Tribunal Superior de Rhode Island, 27 de mayo de 1998, LEXIS 46 (R.I. Super., 1998) (legal.web.aol.com/decisions/dlother/groff.html, visitado el 3 de septiembre de 2003); *Hotmail Corp.* contra *Van$ Money Pie*, tribunal de distrito de los Estados Unidos para el Distrito septentrional de California, 16 de abril de 1998, U.S. Dist. LEXIS 10729 (U.S. Dist., 1998); *Steven J. Caspi, et al.* contra *The Microsoft Network, L.L.C., et al*, Tribunal Superior de Nueva Jersey, División de Apelaciones, 2 de julio de 1999 (informes del Tribunal Superior de Nueva Jersey, vol. 323, pág. 118); y *I. Lan Systems, Inc.* contra *Netscout Service Level Corp*., Tribunal de Distrito de los Estados Unidos de América, distrito de Massachusetts, 2 de enero de 2002 (Suplemento Federal, 2da serie, vol. 183, pág. 328).

[9] Por ejemplo, *Specht* contra *Netscape Communications Corp.*, Suplemento Federal, 2da serie, vol. 150, pág. 585, en *Specht* contra *Netscape Communications Corporation and America Online, Inc.*, Tribunal de Apelaciones del *Second Circuit* de los Estados Unidos, 1º de octubre de 2002, Relator Federal, 3ra serie, vol. 306, pág. 17.

14. Cabe argumentar que el hecho de que la índole de los productos o servicios ofrecidos por el vendedor permitía su entrega inmediata por el vendedor y su aprovechamiento inmediato por el cliente constituía un factor decisivo para que el tribunal se haya sentido facultado para dictaminar que se había formado un contrato por la mera acción de respuesta del cliente a la oferta anunciada, sin que hiciera falta una "aceptación" confirmatoria subsiguiente del vendedor, aun cuando los tribunales ni siquiera mencionan dicha consideración al motivar sus fallos. Sin embargo, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar en qué medida cabría resolver otros supuestos de manera análoga.

b) Subastas por Internet

15. El segundo grupo de fallos de la jurisprudencia se refiere a las subastas por Internet, tanto a las subastas entre empresas y consumidores como a las subastas entre empresas. En un caso ya antiguo, un tribunal de distrito de Alemania determinó que una persona que ofrecía subastar bienes por Internet no estaba haciendo una oferta vinculante sino que se limitaba a invitar a que se le hicieran ofertas respecto de los bienes ofrecidos durante cierto plazo[10]. Dicho fallo fue invertido posteriormente por el tribunal de apelaciones, que consideró que la exhibición de los bienes con fines de subasta, por medio de una plataforma de subasta en Internet, constituía algo más que una mera invitación a hacer ofertas, por lo que debía considerarse como una oferta contractual vinculante[11]. Dicha oferta tampoco constituía un compromiso indefinido de aceptar una de un número ilimitado de ofertas, sino que se había definido un plazo para la aceptación de la oferta más elevada que se presentara antes del término de dicho plazo. El procedimiento que se ha de seguir en una subasta electrónica permite determinar adecuadamente el precio ofrecido por los licitadores, por lo que se hallan reunidos todos los elementos esenciales de una oferta vinculante para concluir un contrato de compraventa.

16. Otros tribunales alemanes se han atenido a dicho entendimiento[12], que fue reafirmado también por el Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), que afirmó expresamente el principio de que la oferta de bienes con fines de subasta por conducto de una plataforma de subasta en Internet, con la indicación de que el vendedor se comprometía a aceptar la oferta válida más elevada, constituía una aceptación anticipatoria válida del precio más alto que se ofreciera y no meramente invitación a negociar[13]. Un tribunal de apelaciones de los Estados Unidos llegó en lo esencial a la misma conclusión en un caso relativo a la subasta de un nombre de dominio por Internet. El tribunal determinó que la caracterización *ex post facto* de

---

[10] Landgericht Münster, Causa Núm. 4 O 424/99, 21 de enero de 2000, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 60/2000 (www.jurpc.de/rechtspr/20000060.htm, visitado el 1º de septiembre de 2003).

[11] Oberlandesgericht Hamm, Causa Núm. 2 U 58/00, 14 de diciembre de 2000, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 255/2000 (www.jurpc.de/rechtspr/20000255.htm, visitado el 1º de septiembre de 2003).

[12] Amtsgericht Hanover, Causa Núm. 501 C 1510/01, 7 de septiembre de 2002, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 299/2002 (www.jurpc.de/rechtspr/20020299.htm, visitado el 1º de septiembre de 2003).

[13] Bundesgerichtshof, Causa Núm. VIII ZR 13/01, 7 de noviembre de 2001, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 255/2001 (www.jurpc.de/rechtspr/20010255.htm, visitado el 1º de septiembre de 2003).

una parte en un negocio del contenido de su sitio informático como un "mero anuncio" no excluía por sí sola la naturaleza vinculante de un compromiso de vender un determinado artículo a la persona que ofreciera el precio más alto dentro de cierto plazo[14].

17. No se sugiere que esta jurisprudencia vaya a invertir por completo la regla actualmente enunciada en la variante B del artículo 12 del anteproyecto de convención (A/CN.9/WG.IV/WP.103). Sin embargo, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si no convendría complementar la variante B del proyecto de artículo 12, caso de que el Grupo de Trabajo lo retenga, con alguna aclaración adicional, a fin de no perturbar los principios definidos en sus actuaciones por los tribunales nacionales.

[14] *Je Ho Lim* contra *The TV Corporation International*, Tribunal (estatal) de Apelaciones de California, 24 de junio de 2002, 99 Cal. App. 4th 684.

A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.2

Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 42º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación elctrónica información de antecedentes
Nota de la Secretaría

ADICIÓN

Índice

Párrafos

III. Cuestiones relativas a la utilización de mensajes de datos en los contratos internacionales 1-38

B. Tiempo del envío y de la recepción de un mensaje de datos y formación de contratos 1-38

1. Normas relativas a la formación de contratos 3-9

2. Tiempo del envío y de la recepción de un mensaje de datos 10-38

III. Cuestiones relativas a la utilización de mensajes de datos en los contratos internacionales

B. Tiempo del envío y de la recepción de un mensaje de datos y formación de contratos

1. En su versión actual, el anteproyecto de convención no se limita a regular la formación de contratos por medios electrónicos, sino que se ocupa con mayor amplitud de la utilización de mensajes de datos "en relación con un contrato existente o previsto" o "en el contexto de la formación o de la ejecución de contratos" (véase A/CN.9/WG.IV/WP.103, párrafo 1 del artículo 1 del anexo). En consecuencia, se pretende que las reglas relativas al tiempo del envío y la recepción de un mensaje de datos, que figuran en el artículo 10 del anteproyecto de convención, sean aplicables a los mensajes intercambiados antes o después de la celebración de un contrato o incluso cuando ulteriormente no se celebre ningún contrato.

2. Cuando las partes negocian a través de medios más tradicionales, la eficacia de las comunicaciones que aquéllas intercambien dependerá de varios factores, en particular del momento de su recepción o envío, según proceda. Aunque algunos ordenamientos jurídicos prevén reglas generales relativas a la eficacia de las comunicaciones en un contexto contractual, en muchos ordenamientos jurídicos las reglas generales se basan en reglas específicas que rigen la eficacia de la oferta y de la aceptación a efectos de la formación de contratos. La cuestión esencial que se plantea el Grupo de Trabajo es de qué manera pueden formularse reglas relativas al tiempo de la recepción y del envío de mensajes de datos que trasladen adecuadamente el régimen existente para otros medios de comunicación al contexto del anteproyecto de convención.

1. Normas relativas a la formación de los contratos

3. Las normas relativas a la formación de los contratos suelen distinguir entre comunicaciones "instantáneas" y "no instantáneas" de oferta y aceptación o entre comunicaciones intercambiadas entre partes presentes en el mismo lugar al mismo tiempo (*inter praesentes*) o comunicaciones intercambiadas a distancia (*inter absentes*). Por regla general, salvo que las partes establezcan una comunicación "instantánea" o negocien cara a cara, el contrato se formará cuando la parte o las partes "acepten" expresa o tácitamente la "oferta" que se les haya hecho para celebrar el contrato.

4. Haciendo abstracción de la posibilidad de celebrar contratos mediante la ejecución u otros actos que impliquen una aceptación[1], que habitualmente entraña una comprobación de hechos, el factor determinante en la formación de los contratos en los que las comunicaciones no son "instantáneas" es el momento en que surte efecto la aceptación de una oferta. En la actualidad, existen cuatro teorías principales para determinar cuándo surte efecto una aceptación con arreglo al derecho general de los contratos, aunque esas teorías rara vez se aplican en sentido estricto o en todos los supuestos[2].

5. En virtud de la teoría "declarativa"[3], los contratos se perfeccionan cuando el destinatario de la oferta manifiesta externamente su intención de aceptar la oferta, aun cuando el oferente no tenga todavía conocimiento de ello. De conformidad con la "norma del depósito en buzón postal", que se aplicaba tradicionalmente en gran parte de los ordenamientos jurídicos basados en el *common law*[4], pero también en algunos países de tradición jurídica romanista[5], la aceptación de una oferta surte efecto cuando es enviada por el destinatario de la oferta (por ejemplo, depositando una carta en un buzón de correos). Por otro lado, en virtud de la teoría de la "recepción", adoptada en varios ordenamientos jurídicos de inspiración romanista[6], la aceptación surte efecto cuando el oferente la recibe. Por último, la teoría de la "información" exige el conocimiento de la aceptación para perfeccionar el

---

[1] Véase el comentario sobre el párrafo 6 del artículo 2 de los Principios del *UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* (UNIDROIT, Roma, 1994).

[2] Véase el panorama general de las reglas existentes del common law y del derecho continental en materia de formación de contratos en María del Pilar Perales Viscasillas, "*La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías*" (Valencia, 1996), pág. 178 y siguientes.

[3] Esta teoría parece ser la regla general para la formación de contratos en Suiza, donde los contratos se perfeccionan "*lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté*" (*Code des Obligations*, art. 1).

[4] La norma de depósito en buzón postal fue inicialmente aprobada por el King's Bench en 1818, a fin de evitar la necesidad de enviar sucesivos acuses de recibo, lo cual podría continuar ad infinitum (véase Adams v. Lindsell, England Law Reports, vol. 160, pág. 250 (King's Bench 1818)). A pesar de algunas críticas, se ha adoptado la norma de depósito en buzón postal casi unánimemente en los ordenamientos jurídicos basados en el common law (véanse las referencias en Paul Fasciano, "Internet electronic mail: a last bastion for the mailbox rule", Hofstra Law Review, vol. 25, Núm. 3 (primavera de 1997), págs. 971 a 1003 (nota de pie de página 20).

[5] Por ejemplo, la Argentina (Código Civil, art. 1154) y el Brasil (Código Civil, art. 434).

[6] Como en Austria (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (*ABGB*) art. 862), y en Alemania del Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), art. 130).

contrato[7]. De todas estas teorías, la "norma del depósito en buzón postal" y la teoría de la recepción son las que se aplican con mayor frecuencia en las transacciones comerciales.

6. En algunos ordenamientos jurídicos cabe invocar esas dos teorías, según el contexto[8]. El concepto de "recepción" se entiende a veces no sólo como una cuestión de tiempo sino también de forma, o incluso de contenido de la comunicación de la aceptación. Así, por ejemplo, la doctrina y la jurisprudencia alemanas han interpretado el régimen del Código Civil alemán[9] relativo a la eficacia jurídica de las comunicaciones o "declaraciones de voluntad" jurídicamente pertinentes en el momento de su recepción en el sentido de que la comunicación no sólo debe llegar a la esfera de control del destinatario, sino que, además, debe hacerlo de tal manera que garantice que el destinatario llegue a tener conocimiento de la misma[10]. El segundo elemento se ha subdividido en varios requisitos sustantivos, como por ejemplo, que la comunicación se realice en un idioma que entienda el destinatario[11] o que le sea entregada durante las horas normales de trabajo[12].

7. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ("la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa")[13] adoptó la teoría de la "recepción" como regla general[14]. En virtud de dicha Convención, el contrato se perfeccionará "en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta"[15], lo cual se produce cuando "la indicación de asentimiento

---

[7] Como, por ejemplo, en España (*Código Civil*, art. 1262) y en Venezuela (Código de Comercio, art. 120, párr. 1). La teoría de la "información" es la regla general para la formación de contratos en Italia, donde éstos se perfeccionan cuando el oferente "tiene conocimiento" de la aceptación del destinatario (*Codice Civile*, art. 1326). No obstante, se presume dicho conocimiento cuando se recibe la aceptación en la dirección del oferente (*Codice Civile*, art. 1335), lo que, en la práctica, acerca el sistema italiano a la teoría de la "recepción".

[8] Así parece suceder en Francia, donde la Quatrième Chambre de la Cour de Cassation, en una sentencia de 7 de enero de 1981, asentó la teoría del envío, pero algunos autores continúan afirmando la validez de la teoría de la recepción (*Revue trimestrielle de droit civil*, págs. 849 y 850, 1981, nota de François Chabas).

[9] BGB, art. 130, párr.1.

[10] Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 60ª edición (Munich, Beck, 2001), pág. 103, Núm. 3, (comentario sobre el artículo 130, por H. Heinrichs); y *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 3a edición (Munich, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1993), pág. 1055, Núm. 10 (comentario sobre el art. 130, por H. Förschler).

[11] Este presente requisito, trasladado al contexto de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, ha llevado a la conclusión, por ejemplo, de que no pueden invocarse cláusulas normales del contrato, si éstas fueran enviadas en un idioma distinto del utilizado durante las negociaciones (Amtsgericht Kehl, 6 de octubre de 1995, disponible en http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951006g1.html).

[12] Véase la doctrina citada en otra parte (Palandt, *op. cit.*; y *Münchener Kommentar* …; Núm. 12).

[13] Véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, Núm. 25567, pero véanse también los *Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, como se deriva de la lectura combinada del artículo 2.1 y del párrafo 2 del artículo 2.6.

[14] No obstante, el "envío" también es pertinente en la aplicación de varias disposiciones de la Convención, como, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 19 (comunicación de una objeción a los elementos adicionales propuestos por el destinatario); artículo 20 (plazo de aceptación); y artículo 21 (condiciones para que una aceptación tardía surta efecto).

[15] Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, art. 23.

llegue al oferente"[16]. A los efectos de las disposiciones de la Convención en materia de formación de contratos, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención "llega" al destinatario "cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual"[17].

8. Según la interpretación de algunos autores, la "recepción" se produce en el momento en que la comunicación entra en la "esfera de control" del destinatario. Hasta ese momento, el iniciador de la comunicación (o el destinatario de la oferta, en el caso de una aceptación) debe asegurarse de que la comunicación llegue al destinatario y de que llegue en el plazo requerido. Tratándose del "envío", el criterio clave será el momento en que la comunicación salga de la esfera de control de su iniciador. A partir de ese instante, la responsabilidad por la pérdida de la comunicación o su demora pasará del iniciador al destinatario.

9. Según algunos autores que han comentado la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, en el artículo 24 se definía el concepto de "llegar" en función de "hechos externos, fácilmente demostrables" y se pretendía liberar al iniciador del "riesgo de comunicaciones defectuosas de una declaración en la esfera organizativa del receptor"; dichas circunstancias indicaban que las disposiciones del artículo 24 -contrariamente a las normas estrictas de algunos derechos internos- debían interpretarse en el sentido de que "generalmente no exigen que el receptor tenga la oportunidad de conocer la declaración"[18]. Se comentó que otras formas de aplicar el artículo, por ejemplo, tratando de tener en cuenta "los días festivos nacionales y las horas de trabajo habituales", "plantearían problemas y crearían inseguridad jurídica en un instrumento concebido para regir supuestos de carácter internacional"[19].

2. Tiempo del envío y de la recepción de un mensaje de datos

10. Las consideraciones anteriores son también pertinentes en la formación de contratos mediante comunicaciones electrónicas. Ciertamente, a pesar de que inicialmente se habían manifestado algunas opiniones según las cuales la negociación de contratos por medios electrónicos, en particular en el marco del intercambio electrónico de datos (EDI), reproduce el modelo de las comunicaciones "cara a cara" o "instantáneas"[20], el intercambio de mensajes electrónicos, parece

[16] Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, art. 18, párr. 2.

[17] Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, art. 24.

[18] Peter Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (CISG) (Oxford, Clarendon Press, 1998), art. 24, Nos 13 y 14, págs. 167 y 168; véase también Ernst von Cammerer y Peter Schlechtriem, *Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht*, segunda edición (Munich, 1995), art. 24, números 13 y 14, págs. 202 y 203.

[19] Ibíd.

[20] Por ejemplo, Michael S. Baum y Henry H. Perritt, Jr., *Electronic Contracting, Publishing and EDI Law* (Nueva York, Wiley Law Publications, 1991), pág. 323, Núm. 6.8. No obstante, los autores reconocen varias circunstancias de hecho que podrían conducir a una conclusión distinta, como, por ejemplo, "una determinada característica no instantánea de las ofertas y aceptaciones hechas por ordenador, sin distinción de si se utilizan en la transmisión técnicas de buzones postales o de almacenamiento y reenvío".

tener mayor similitud con el intercambio de correspondencia postal al menos cuando se utilizan técnicas de correo electrónico (e-mail)[21].

11. En todo caso, las reglas supletorias relativas al tiempo y al lugar del envío y de la recepción de mensajes de datos deben complementar las reglas nacionales relativas al envío y a la recepción trasladándolas a un contexto electrónico. Estas disposiciones deben ser lo suficientemente flexibles como para regular tanto los supuestos en que una comunicación electrónica parece ser instantánea, como aquellos en que los mensajes electrónicos se asemejan al correo tradicional. En los párrafos siguientes se analiza la forma en que todo ello se ha plasmado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y en las legislaciones internacionales. También se resumen en ellos las deliberaciones del Grupo de Trabajo y se ofrecen elementos que el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar en consideración al examinar el artículo 10 del anteproyecto de convención.

a) La regla del artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico

12. El párrafo 1 del artículo 15 de la Ley Modelo define el momento del envío de un mensaje de datos como aquel en el que el mensaje de datos entra en "un sistema de información"[22] "que no esté bajo el control del iniciador"[23], que puede ser el sistema de información de un intermediario o un sistema de información del destinatario. En virtud de esa disposición, un mensaje de datos no se tendrá por expedido si únicamente llega al sistema de información del destinatario, pero sin entrar en él[24].

13. En cuanto al tiempo de la *recepción*, el párrafo 2 del mismo artículo distingue entre varias situaciones de hecho: a) cuando el destinatario designa un sistema de información específico para la recepción de un mensaje, que puede ser o no el suyo

---

[21] "A pesar de la creencia generalizada, [la transmisión de correo electrónico por Internet] no se produce de forma verdaderamente instantánea. Más bien, la transmisión llevará por lo general, minutos, horas o, en algunos casos, días" (Fasciano, *loc. cit.*, págs. 1000 y 1001).

[22] El "sistema de información" es un concepto definido en el apartado f) del artículo 2 de la Ley Modelo y significa "todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos". En algunos casos, este sistema podría consistir en "una red de comunicaciones, y en otros casos podría referirse a un buzón electrónico o incluso a una telecopiadora" (*Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico* (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.99.V.4), párr. 40).

[23] El concepto de "control" sobre un sistema de información no debe interpretarse en el sentido de que el sistema de información deba ubicarse en las dependencias del destinatario, ya que "la ubicación del sistema de información no es un criterio al que se recurra en la Ley Modelo" (*Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*).

[24] Conviene señalar que la Ley Modelo, como se indica en el párrafo 104 de la Guía para su incorporación al derecho interno: "no prevé expresamente el mal funcionamiento de los sistemas de información como base para la responsabilidad. En particular, cuando el sistema de información del destinatario no funciona en absoluto o no funciona en la debida forma, o cuando, aun funcionando debidamente, el mensaje de datos no puede entrar en él (por ejemplo, en el caso de una telecopiadora constantemente ocupada), el mensaje no puede considerarse expedido en el sentido de la Ley Modelo. Durante la preparación de la Ley Modelo, se estimó que no debía imponerse al destinatario, mediante una disposición general, la onerosa obligación de mantener su sistema en constante funcionamiento".

propio, el mensaje de datos se tendrá por recibido cuando entre en el *sistema designado*[25]; b) si el mensaje de datos se envía a un sistema de información del destinatario que no es el designado por éste, la "recepción" tendrá lugar cuando el destinatario *recupere el mensaje de datos*; y c) si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al *entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario*.

14. La distinción entre sistemas de información "designados" y "no designados" tiene por objeto establecer una distribución adecuada de riesgos y responsabilidades entre el iniciador y el destinatario. La persona que designa un sistema de información específico para la recepción de mensajes de datos deberá soportar el riesgo de pérdida o retraso de los mensajes que hayan entrado efectivamente en aquel sistema, incluso si se trata de un sistema administrado por un tercero. Sin embargo, si el iniciador decide no seguir las instrucciones del destinatario y envía el mensaje a un sistema de información distinto del designado, no sería razonable considerar que el mensaje se ha entregado al destinatario hasta que éste lo haya recuperado realmente. En el caso de que no se designe ningún sistema concreto, la regla presume que para el destinatario carecía de importancia a qué sistema de información se enviaran los mensajes, en cuyo caso sería razonable presumir que aceptaría los mensajes recibidos en cualquiera de sus sistemas de información.

15. Tanto en la definición de envío como en la de recepción, un mensaje de datos *entra* en un sistema de información en el momento en que aquél puede ser procesado en dicho sistema de información. No es necesario que el receptor tenga conocimiento de que ha recibido el mensaje y no existe ningún requisito complementario de que el receptor haya leído efectivamente el mensaje o haya tenido acceso a él. Si el mensaje llega al buzón de correo del receptor, se tendrá por recibido.

16. La cuestión de si el mensaje de datos es inteligible o utilizable por el destinatario no se quiso regular en la Ley Modelo, que no pretendía prevalecer sobre las disposiciones de derecho interno en virtud de las cuales deba considerarse recibido un mensaje en el momento en que éste entre en la esfera de control del destinatario, independientemente de si el mensaje es inteligible o utilizable por el destinatario[26].

---

[25] Por "sistema de información designado" la Ley Modelo entiende todo sistema que una parte haya designado específicamente, por ejemplo, en el caso en que una oferta estipule expresamente la dirección a la que se debe enviar la aceptación. El párrafo 102 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico aclara que "la sola indicación de una dirección de correo electrónico o de un número de fax en el membrete o en otro documento no se debe considerar como designación expresa de uno o más sistemas de información".

[26] En su párrafo 103, la Guía para la incorporación al derecho interno añade que la Ley Modelo tampoco se ha concebido "para ir en contra de los usos del comercio, según los cuales ciertos mensajes cifrados se consideran recibidos incluso antes de que sean utilizables por el destinatario o inteligibles para dicha persona. Se estimó que la Ley Modelo no debía crear un requisito más estricto que los actualmente aplicados a las comunicaciones consignadas sobre papel, en que un mensaje puede considerarse recibido aunque no resulte inteligible para el destinatario ni pretenda serlo (por ejemplo, cuando se transmiten datos en forma criptográfica a un depositario con el único propósito de su retención en el contexto de la protección de los derechos de propiedad intelectual)".

b) Comunicaciones electrónicas en las leyes nacionales promulgadas sobre la base de la Ley Modelo

17. A nivel nacional, parece haber pocas discrepancias en torno a la tesis de que, desde un punto de vista puramente objetivo, el momento en que un mensaje entra en un sistema de información bajo el control del destinatario o en que entra en un sistema de información que no está bajo el control del iniciador representa el equivalente electrónico evidente del criterio de la "esfera de control", utilizado para definir la "recepción" y el "envío" tanto en la regla de la "recepción" como en la del "depósito en buzón postal".

18. Con excepción de Francia[27], los más de 20 países y territorios no soberanos que, hasta el momento, han aprobado la Ley Modelo, han previsto disposiciones relativas al tiempo y al lugar del envío y de la recepción de los mensajes de datos. Todas las leyes promulgadas sobre la base de la Ley Modelo, sin excepción, han adoptado la distinción entre sistemas designados y sistemas no designados[28]. Lo mismo ha ocurrido en los países en que se ha elaborado un derecho uniforme sobre la base de la Ley Modelo, como el Canadá[29] y los Estados Unidos de América[30]. Sin embargo, esta distinción no es explícita en la Ley Uniforme sobre Transacciones Electrónicas (UETA) de los Estados Unidos de América, que contempla, además de un sistema de información "designado", un sistema de información que el receptor "utilice para recibir documentos electrónicos o información enviada de la que el receptor pueda recuperar el documento electrónico"[31]. A pesar de que los términos empleados en la UETA difieren de los utilizados en el artículo 15 de la Ley Modelo,

---

[27] La ley francesa promulgada sobre la base de la Ley Modelo (*Loi Núm. 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*) regula esencialmente el reconocimiento y el valor jurídico probatorio de los documentos electrónicos, pero no regula su comunicación.

[28] Australia (Electronic Transactions Act, 1999, apartados 3 y 4 del art. 14); Colombia (*Ley Número 527 de 1999*: *Ley de comercio electrónico*, apartados a) y b) del art. 24); Ecuador (*Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos*, de 2002, apartados a) y b) del art. 11); India (Information Technology Act, 2000, art. 13); Irlanda (Electronic Commerce Act, 2000, párrs. 2 y 3 del art. 21); Jordania (Electronic Transactions Law, (Núm. 85) de 2001, art. 17); Mauricio (Electronic Transactions Act, 2000, art. 14.2)); México (*Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal*, de 26 de abril de 2000, artículo 91); Nueva Zelandia (Electronic Transactions Act, 2002, párrs. a) y b) del art. 11); Pakistán (Electronic Transactions Ordinance, 2002, párr. 2 del art. 15); Filipinas (Electronic Commerce Act, 2000, párrs. a) y b) del art. 22); República de Corea (Framework Law on Electronic Commerce, 1999, párr. 2 del art. 6), Singapur (Electronic Transaction Act, 1998, apartado 2 a) del art. 15); Eslovenia (Ley de Comercio Electrónico y Firmas Electrónicas, 2000, párr. 2 del art. 10); Tailandia (Ley de Transacciones Electrónicas, 2002, artículo 23); y Venezuela (*Decreto Núm. 1024 de 10 de febrero de 2001 - Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas*, art. 11). Las mismas reglas figuran también en las leyes de la Bailía de Jersey (Electronic Communications (Jersey) Law, 2000, art. 6), y en la Isla de Man (Electronic Transactions Act, 2000, art. 2), ambos territorios dependientes de la Corona Británica, así como en los territorios británicos de ultramar de Bermudas (Electronic Transactions Act, 1999, párr. 2 del art. 18), y de las Islas Turcas y Caicos (Electronic Transactions Ordinance, 2000, arts. 16.2) y 3)), y en Hong Kong (Región Administrativa Especial de China) (Electronic Commerce Ordinance, 2000, art. 19.2)).

[29] Uniform Electronic Commerce Ac (UECA), art. 232).

[30] Uniform Electronic Transactions Act (UETA), art. 15.b).

[31] La presente formulación se utiliza también en el artículo 23 b) de la Ley de Transacciones y Comunicaciones Electrónicas, 2002, de Sudáfrica.

en los dos instrumentos se distingue entre un sistema que fue designado expresamente por una de las partes para recibir un determinado mensaje o tipo de mensaje y otros sistemas de información (no designados) que el receptor meramente utiliza. Con respecto a esta segunda categoría de sistemas, del mismo modo que el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI previó los sistemas no designados, en la UETA se incluyeron disposiciones análogas por el interés de "[permitir] que el receptor de documentos electrónicos conservara el control sobre los sistemas a los que dichos documentos fueran enviados y en los que fueran recibidos"[32].

19. Las leyes nacionales promulgadas sobre la base de la Ley Modelo son de una notable uniformidad al definir el momento de la recepción de un mensaje de datos enviado a un sistema designado. En casi todas estas leyes se plasma la regla del inciso i) del apartado a) del párrafo 2 del artículo 15 de la Ley Modelo, a saber, que un mensaje enviado a un sistema designado se tendrá por recibido en el momento en que entre en dicho sistema.

20. Existen leyes que prevén ligeras variaciones en los casos en que, o el destinatario no ha designado un sistema de información determinado, o el iniciador envía el mensaje a un sistema que no es el designado. La mayoría de las leyes promulgadas sobre la base de la Ley Modelo contemplan esta distinción[33]. En esos países, las consecuencias son, por lo general, las mismas que en el artículo 15 de la Ley Modelo; concretamente, un mensaje enviado a un sistema de información que no sea el designado no se tendrá por recibido hasta el momento en que el destinatario lo recupere[34], mientras que cuando no se haya designado ningún sistema un mensaje se tendrá por recibido al entrar en un sistema de información del destinatario. Sin embargo, en dos de esos países[35] la ley exige explícitamente la recuperación del mensaje en los dos supuestos mencionados.

21. Las leyes de otros países contemplan únicamente los casos en los que el destinatario no ha designado ningún sistema de información[36]. En estos países, se considera normalmente que la recepción tiene lugar una vez que el destinatario "recupera" el mensaje o éste "llega a su conocimiento", pero en un país en

---

[32] Los redactores de la UETA reconocieron el hecho de que muchas personas disponen de múltiples direcciones de correo electrónico para usos diferentes. [El apartado b] del artículo 15 de la UETA] garantiza que los receptores puedan designar una dirección de correo electrónico o sistema para que sea utilizado en una determinada operación. Por ejemplo, el receptor se reserva la posibilidad de designar una dirección de correo electrónico en su domicilio privado para los asuntos personales, una dirección electrónica de trabajo para los asuntos profesionales, o una dirección electrónica de una organización únicamente para los asuntos relacionados con dicha organización. Si A envía a B una comunicación relacionada con asuntos profesionales a su domicilio particular, puede que no se considere recibida si B designó su correo electrónico de trabajo como única dirección para fines profesionales. El derecho sustantivo por lo demás aplicable determinará si podrá considerarse que el destinatario ha "recibido" la comunicación por el mero hecho de que haya llegado a su conocimiento a través de su dirección electrónica privada. (Amelia H. Boss, "The Uniform Electronic Transactions Act in a global environment", *Idaho Law Review*, vol. 37, 2001, pág. 329).

[33] Por ejemplo, Bermudas, Colombia, Ecuador, India, Jordania, Mauricio, México, Pakistán, Filipinas y la República de Corea.

[34] Algunas leyes promulgadas, como la de Bermudas, exigen, en lugar de una "recuperación", que el mensaje "llegue a conocimiento del destinatario". Esto no modifica, en la práctica, la esencia de la norma.

[35] Mauricio y México.

[36] Por ejemplo, Australia, Canadá, Irlanda y Venezuela.

particular[37] se tiene por recibido el mensaje cuando entra en un sistema "utilizado regularmente por el destinatario". En otros dos países se contempla únicamente la hipótesis del envío de un mensaje a un sistema de información distinto del sistema designado, en cuyo caso la recepción tiene lugar en el momento de su recuperación[38]. Respecto de ese grupo de países, no está claro si se seguiría la misma regla en el caso de que un mensaje se enviara a un determinado sistema a pesar de que se hubiera designado expresamente otro sistema. Cabría tratar de la misma manera las dos situaciones, siguiendo el criterio de la ley de un país[39], que establece expresamente que, en todos los casos en los que no se designe un determinado sistema, el mensaje se tendrá por recibido cuando llegue a conocimiento del destinatario.

22. Las únicas diferencias aparentemente importantes respecto del artículo 15 de la Ley Modelo se encuentran en la UETA de los Estados Unidos y en la Ley Uniforme sobre Comercio Electrónico del Canadá (UECA). Las dos leyes uniformes disponen que el mensaje de datos, además de entrar en el sistema del destinatario debe ser susceptible de ser recuperado y procesado por el destinatario[40]. Se ha señalado, en relación con lo anterior, que la Ley Modelo pone de relieve la cronología[41]. A tenor de lo dispuesto en la Ley Modelo, se considera que el mensaje entra en un sistema cuando el mensaje está disponible para ser procesado en el sistema, "pueda o no pueda ser efectivamente procesado". Por otro lado, según la UETA y la UECA, para que haya efectivamente recepción, es preciso que el receptor esté en condiciones de recuperar el documento electrónico del sistema y que el mensaje se envíe en un formato susceptible de ser procesado por el sistema del destinatario. No obstante, "cabe argumentar que no hay contradicción entre la UETA y la Ley Modelo", pues cabe entender que la Ley Modelo "deja la cuestión del procesamiento en manos del derecho interno"[42]. No obstante, al analizarse y compararse jurídicamente la UETA y la Ley Modelo, se observa que, a pesar de las diferencias entre sus enunciados, los dos instrumentos logran el mismo resultado, como se demuestra en el ejemplo siguiente[43]:

> "Supongamos una situación en la que, debido a un fallo en el fluido eléctrico o a un fallo en el sistema, este último deje de ser accesible e impida al destinatario recuperar el documento electrónico. Se plantearía la cuestión (al aplicar los dos instrumentos) del momento en que sobrevino el fallo. Si sobrevino antes de que el documento electrónico entrara en el sistema, en virtud de ambos textos aún no habrá habido recepción. Si el mensaje entra en el sistema, la primera cuestión que se plantearía al aplicar la UETA es si el receptor ha podido recuperarlo. De ser así, aunque sólo haya sido por un instante, se tendrá por recibido el mensaje. Un fallo ulterior del sistema no anulará ese efecto jurídico. Una vez que haya habido recepción, la simple incapacidad del receptor para recuperar ulteriormente el documento electrónico carecerá de trascendencia."

---

37 Venezuela.
38 Por ejemplo, Eslovenia y Tailandia.
39 Nueva Zelandia.
40 UETA, apartado b) 1) y 2) del art. 15; UECA, párr. 2 a) del art. 23.
41 Boss, *loc. cit.*, pág.328.
42 Boss, *loc. cit.*
43 Boss, *loc. cit.*, págs. 330 y 331.

23. Otro supuesto en el que, a primera vista, tanto la UETA como la UECA parecen diferir de la Ley Modelo es el que se da cuando el receptor ha designado un sistema de información, pero el iniciador envía el documento electrónico a otro sistema de información. Contrariamente a la Ley Modelo, la UETA y la UECA no prevén reglas específicas para este caso, que habría de resolverse aplicando otras disposiciones más generales de dichas leyes. Probablemente no se llegaría a un resultado esencialmente diferente del que se obtendría aplicando la Ley Modelo. Si el sistema de información ya era utilizado por el receptor para procesar documentos electrónicos de este tipo, aunque no fuera el sistema designado, el documento se tendría por recibido (prescindiendo de si se había recuperado o recibido "realmente" o no). En el caso de que el sistema no se utilizara en general para procesar mensajes de este tipo, no se aplicaría la presunción establecida en la UETA. Dicha presunción no sería necesaria si el documento fuera realmente recuperado por el receptor, lo que significaría que, en la práctica, la Ley Modelo y la UETA tendrían idénticas consecuencias. No obstante, si el documento entrara en un sistema de información del receptor que no fuera ni el sistema designado por el receptor ni el utilizado por éste para procesar los mensajes, y dicho receptor nunca hubiera recuperado el documento, se sostiene que las dos leyes tendrían nuevamente las mimas consecuencias: "no cabría hablar de recepción ni con arreglo a la Ley Modelo (al no haber habido recuperación) ni en virtud de la UETA (al no haberse enviado el mensaje a la dirección correcta)"[44].

c) Comunicaciones electrónicas en otros derechos internos

24. No es fácil determinar la situación en los países que no han aprobado la Ley Modelo, habida cuenta de la escasez de doctrina. A los efectos del presente examen, dichos países pueden clasificarse en dos grandes grupos: los Estados miembros de la Unión Europea (UE) y los países que no son Estados miembros de la Unión.

25. Entre los países que no son miembros de la Unión Europea y que no han promulgado leyes sobre la base de la Ley Modelo de la CNUDMI, son muy pocos los que disponen de una legislación específica sobre los tipos de cuestiones relativas al comercio electrónico que se han abordado en el marco de la CNUDMI. Donde existen leyes escritas, éstas suelen regular únicamente las firmas digitales (y a veces también otros tipos de firmas electrónicas) y los servicios de certificación[45] y, en escasas ocasiones, las cuestiones relativas a la contratación electrónica[46]. En su

[44] Boss, loc. cit.

[45] Esto sucede, por ejemplo, con las leyes de Argentina (Ley Núm. 25/506 - "*Ley de Firma Digital*" y *Decreto Núm. 2628/2002* (*Firma Digital*), *Reglamentación de la Ley Núm. 25.506*); Estonia (Ley de Firmas Digitales, 2000); Israel (Ley de Firmas Electrónicas, 2000); Japón (Ley relativa a las firmas electrónicas y a los servicios de certificación, 2001); Lituania (Ley sobre firmas electrónicas, 2000); Malasia (Ley sobre firmas digitales, 1997); Polonia (Ley de firmas electrónicas, 2001); y Federación de Rusia (Ley sobre firmas digitales electrónicas (Ley Federal Núm. 1-FZ) de 10 de enero de 2002).

[46] Un ejemplo es Túnez, que ha promulgado leyes sobre comercio electrónico (*Loi relative aux échanges et au commerce électronique*, de 9 de agosto de 2000) que contiene disposiciones sobre contratación electrónica inspiradas en la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección del consumidor en materia de contratos a distancia (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Núm. L 144, 4 de junio de 1997, págs. 19 a 27).

estudio, la Secretaría no ha hallado, en esos países, disposiciones legislativas relativas al tiempo del envío y de la recepción de mensajes de datos.

26. La situación es diferente en la Unión Europea. Los países miembros de la Unión Europea tienen la obligación de aplicar los principios establecidos en las diversas directivas de la UE en materia de comercio electrónico, en especial la Directiva 2000/31/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior[47]. El artículo 11 de la Directiva de la UE establece que los Estados miembros garantizarán que "excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden", el pedido de un cliente y el acuse de recibo "se considerarán recibidos cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos". En virtud del sistema legislativo de la UE, la elección de los medios para obtener el resultado previsto en la Directiva de la UE se deja en manos de los Estados miembros.

27. No obstante, ¿cuál es, según la Directiva, el momento en que las partes "pueden tener acceso" a los mensajes de datos y cómo debe entenderse esa "capacidad" de acceso? ¿Es suficiente que las partes tengan la posibilidad abstracta de lograr tener acceso al mensaje de datos, o es preciso que el destinatario esté realmente en condiciones de recuperar el mensaje? El preámbulo de la Directiva de la UE no explica el significado preciso de la expresión "puedan tener acceso". Si bien varias de las versiones escritas en otros idiomas propician, por su enunciado, una interpretación más general[48], algunas de ellas parecen dar a entender que el destinatario debe realmente poder recuperar el mensaje[49].

28. Cabe argumentar que los matices lingüísticos de las versiones en distintos idiomas de la Directiva de la UE no son sustantivos. De hecho, la principal dificultad parece radicar en que la formulación del artículo 11 de la Directiva de la UE no establece una presunción o indicación del momento a partir del cual deberá considerarse que una parte haya "podido tener acceso" a un mensaje. Hasta la fecha, varios Estados miembros de la UE han promulgado leyes específicas en aplicación de la Directiva de la UE. Austria[50], Dinamarca[51], Alemania[52], Irlanda[53], Italia[54], España[55] y El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte[56] han reproducido

---

[47] Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Núm. L 17, 17 de julio de 2000.

[48] Esto parece suceder en los textos francés ("lorsque les parties […] *peuvent y avoir accès*"), italiano ("*quando le parte […] hanno la possibilità di acerdervi*"), portugués ("*quando as partes […] têm possibilidade de aceder a estes*") y español ("*cuando las partes […] puedan tener acceso a los mismos*").

[49] Por ejemplo, el texto alemán dice: ("wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie abrufen können").

[50] Véase "*Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz—ECG) und Änderung des Signaturgesetzes sowie der Zivilprozessordnung*" (Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, 21 de diciembre de 2001, pág. 1977), art. 12.

[51] Véase *Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel*, párr. 2 del art. 12).

[52] El artículo 11 de la Directiva de la UE se ha incorporado al nuevo artículo 312e 1) del Código Civil alemán (BGB).

[53] Véase la normativa de las Comunidades Europeas (Directiva 2000/31/EC), art. 14 1) b).

[54] Véase el *Decreto Legislativo, de 9 de abril de 2003*, Núm. 70, párr. 3 del art. 13.

[55] Véase la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, párrafo 2 del artículo 28.

la formulación utilizada en el artículo 11 de la Directiva de la UE introduciendo únicamente ligeros cambios[57].

29. No ha quedado del todo claro qué regla se aplica en países como Irlanda[58] e Italia[59], que ya tenían disposiciones legales relativas al tiempo del envío y de la recepción de mensajes de datos antes de que se aprobara la Directiva de la UE. El derecho irlandés contiene esencialmente la misma regla que la del artículo 15 de la Ley Modelo. La nueva ley para la aplicación de la Directiva de la UE establece que la regla específica relativa a la recepción de un "pedido" se aplica "no obstante" lo dispuesto en la ley anterior. Según la normativa de Italia, se considerará que un documento electrónico ha sido que enviado por el iniciador y recibido por el destinatario si dicho documento se "transmite a la dirección electrónica" indicada por el destinatario[60]. Cabría argumentar que, en la mayoría de los casos, esta regla, a pesar de estar enunciada de manera distinta, conduce al mismo resultado que la del artículo 15 de la Ley Modelo.

30. Sin embargo, la mayoría de los países que han aplicado la Directiva de la UE no disponían de textos legales que reglamentaran el tiempo del envío y de la recepción de mensajes de datos, en algunos de ellos la jurisprudencia ya había establecido criterios para hacer extensivas a las operaciones de comercio electrónico las normas tradicionales relativas al envío y la recepción. El resultado suele ser compatible con el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI. Este es el caso incluso en países como Alemania, que no han incorporado la Ley Modelo a su derecho interno, y donde los tribunales han considerado equivalente a la "recepción" la entrega de un mensaje en la dirección de correo electrónico de una de las partes, prescindiendo de si la parte ha tenido realmente acceso al mensaje o no[61]. La entrega incompleta del texto de un mensaje de datos debida, por ejemplo, a un

---

[56] Véase la normativa sobre comercio electrónico (Directiva de la CE), 2002 (Instrumento Núm. 2013, 2002), párr. 2 del art. 11.

[57] El artículo 312e 1) del Código Civil alemán establece que se tendrán por recibidos un pedido y su acuse de recibo cuando las partes a las que vayan destinados hayan podido recuperarlos "en circunstancias normales" ("*unter gewöhnlichen Umständen*"). En el derecho austríaco se utiliza la misma formulación. La ley española se refiere a la capacidad del destinatario de llegar a tener conocimiento ("tener constancia") del mensaje, y no a "tener acceso" al mensaje.

[58] Electronic Commerce Act, 2000, párrs. 2 a) y b) del art. 13.

[59] *Decreto del Presidente della Repubblica,* 10 de noviembre de 1997, *Núm. 513*, párrafo 1 del artículo 12.

[60] "*Il documento informatico trasmesso per via telematica si intende inviato e pervenuto al destinatario se trasmesso all´indirizzo elettronico da questi dichiarato" (Decreto del Presidente della Repubblica, 10 de noviembre de 1997, Núm. 513).*

[61] Véase, por ejemplo, Landgericht Nürnberg-Fürth, Caso Núm. 2 HK O 9431/01, 7 de mayo de 2002, JurPC—*Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 158/2003 (disponible en www.jurpc.de/rechtspr/20030158.htm, sitio visitado el 8 de septiembre de 2003). En ese caso, el demandado rescindió el contrato del demandante mediante notificación por correo certificado, lo que fue ulteriormente confirmado por un mensaje electrónico enviado a la dirección de correo electrónico del demandante. El demandante puso en entredicho la eficacia del mensaje por correo electrónico, aduciendo que no había podido recuperarlo, ya que dicho mensaje se envío durante sus vacaciones y que su cuenta de correo electrónico no era accesible mediante un explorador informático ordinario. El tribunal sostuvo que el demandante había recibido efectivamente el mensaje, ya que éste había llegado a su dirección de correo electrónico. A partir de tal momento, el demandante debía asumir el riesgo de pérdida del mensaje o de retraso en su recuperación debido, por ejemplo, a dificultades para tener acceso a su cuenta de correo electrónico, puesto que el riesgo se producía en la esfera de control del demandante.

fallo técnico del equipo receptor, no es motivo para considerar que no ha habido "recepción" si hay pruebas de que el mensaje fue transmitido íntegramente en forma electrónica[62]. Si bien cabe considerar la prueba del envío adecuado de un mensaje de datos como una presunción aparente de su recepción efectiva por la otra parte[63], los tribunales han destacado también que el iniciador de un mensaje de datos no tiene derecho a confiar en la simple expedición del mensaje, la cual no crea ninguna presunción de que éste haya sido realmente recibido[64].

31. No obstante, el hecho de que la Directiva de la UE introdujera el criterio de la "accesibilidad" para determinar el momento de la recepción de un mensaje de datos ha causado cierta preocupación, ya que se estimaba que la regla de la Directiva de la UE no debería exigir la recuperación real y efectiva de los mensajes, a fin de evitar conflictos con la jurisprudencia existente. En efecto, según se desprende del proceso de consultas previo a la aplicación de la Directiva de la UE en algunos países, con algunas de las modificaciones introducidas en la legislación interna se pretendía no dar a entender que la recepción de un mensaje exigía la recuperación real del mismo por el destinatario. Se adujo que la regla definitiva debería, en cambio, aclarar que el criterio pertinente no debería ser la "disponibilidad" del destinatario para recuperar el mensaje sino únicamente la "posibilidad técnica" de recuperarlo[65].

---

[62] Véase Bundesgerichtshof, caso Núm. XII ZR 51/99, de 14 de marzo de 2001, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 167/2001 (disponible en www.jurpc.de/rechtspr/20010167.htm, sitio visitado el 9 de septiembre de 2003). En este caso, un tribunal de apelación había desestimado un recurso debido a que en el fax recibido no figuraba la firma del letrado, que había debido figurar en la cuarta página de la demanda en apelación, que el tribunal no recibió. El Tribunal Federal disintió de la posición adoptada por el tribunal de apelación, según la cual para determinar si la demanda en apelación había sido interpuesta en el plazo previsto al efecto, sólo se podían tener en cuenta las páginas efectivamente recibidas. El Tribunal Federal resolvió que cuando un documento se transmitiera íntegramente ("vollständig") en forma de un mensaje de datos ("durch elektrische Signale") del fax del demandante al del tribunal, pero no apareciera impreso en su totalidad y contuviera errores, posiblemente como consecuencia de un fallo técnico en el funcionamiento del fax del destinatario, el documento se tendría por recibido en el momento de su transmisión por fax, siempre que pudiera establecerse por otros medios el contenido completo del documento.

[63] Particularmente en el caso de que se empleen métodos de transmisión altamente fiables, habida cuenta del nivel actual de desarrollo tecnológico, como las transmisiones por fax (véase Oberlandesgericht München, caso núm. 15 W 2631/98, de 8 de octubre de 1998, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechstinformatik*, JurPC WebDok 135/1999, disponible en www.jurpc.de/rechtspr/19990153.htm, sitio visitado el 9 de septiembre de 2003).

[64] Véase Oberlandesgericht Düsseldorf, caso núm. 23 U 92/02, de 4 de octubre de 2002, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 167/2003 (disponible en www.jurpc.de/rechtsor/20030158.htm, sitio visitado el 9 de septiembre de 2003), en un caso relativo al envío de mensajes por correo electrónico.

[65] Este argumento se expuso en una nota explicativa del proyecto de ley elaborado para aplicar la Directiva de la UE en Austria. La Asociación de Colegios de Abogados de Austria propuso, en sus observaciones sobre el proyecto de ley, que la futura ley estableciera claramente que el único factor de control fuera la "recuperabilidad" técnica (*Abrufbarkeit*) y que ni un fallo técnico en el funcionamiento del sistema de información del destinatario, ni la ausencia de éste ni cualquier otro obstáculo en la esfera de control del destinatario pudieran impedir la recepción efectiva del mensaje (Rechstanwaltskammer Wien, *Stellungnahme zum Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkekrs geregelt (E-Commerce-Gesetz-ECG)*, 31 de agosto de 2001, disponible en www.rakwien.at/import/documents/stellungnahme_ecommerce_fuer_homepage.pdf, sitio visitado el 8 de septiembre de 2003).

d) El debate en el Grupo de Trabajo

32. El anteproyecto de convención ha seguido fielmente la estructura y formulación del artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Este criterio era lógico, dada la amplia aceptación de que gozaba esa disposición de la Ley Modelo. Además, esta opción tiene además la ventaja de ser compatible con el artículo 24 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa[66]. No obstante, la presente disposición ha dado lugar a un amplio debate en el seno del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/509, párrs. 93 a 98; y A/CN.9/528, párrs. 141 a 151).

33. Se ha criticado que esta disposición resulta sumamente compleja y que, en la práctica, la distinción entre sistemas de información designados y no designados puede ser innecesaria. La Asociación de Colegios de Abogados de Alemania formuló esta crítica, en una declaración relativa al anteproyecto de convención, en los siguientes términos[67]:

> "Un punto que precisa una aclaración parece ser la distinción del párrafo 2 del artículo 11 [*párrafo 2 del proyecto de artículo 10 en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.103*] entre un sistema de información designado por el destinatario para la recepción de mensajes de datos y un sistema distinto del sistema designado. Esta distinción es más pertinente en el intercambio electrónico de datos (EDI), pero no lo es para las comunicaciones por correo electrónico. En consecuencia, en el contexto de las comunicaciones por correo electrónico, el factor decisivo será la entrada real del mensaje de datos en el ordenador del receptor. Este hecho no se desprende del párrafo 2 del artículo 11 con toda la claridad necesaria para una armonización jurídica.
>
> Conforme a la definición del apartado e) del artículo 5 [...], por 'sistema de información' se entenderá 'todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos'. Esta amplia definición abarca no solamente el servidor de un proveedor en Internet, sino también los ordenadores de los clientes del proveedor, de los que éstos recuperan sus mensajes o mediante los cuales reexpiden los mensajes al proveedor para que sean transmitidos a los destinatarios. Es importante aclarar, a este respecto, si la entrada en el servidor del proveedor es suficiente para determinar la recepción del mensaje, o si el mensaje de datos ha de ser realmente recuperado por el destinatario de su propio ordenador.
>
> Esta distinción depende de si el destinatario ha designado un determinado sistema de información para la recepción de un mensaje de datos y de cuál es el sistema designado. Normalmente, el usuario no suele especificar un sistema (*Systembenennung*) como "dirección para la recepción"

---

[66] Sieg Eiselen, "E-Commerce and the CISG: formation, formalities and validity", *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, vol. 6, Núm. 2 (2002), págs. 310 y 311.

[67] *Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer: UNCITRAL-Übereinkommensentwurf über internationale Verträge, die mit elektronischen Mitteln geschlossen oder nachgewiesen werden*, presentado en marzo de 2002 por el Comité de Derecho Internacional Privado y Procesal del Colegio Federal de Abogados (Ausschuss Internationales Privat - und Prozessrecht) (disponible en www.brak.de/seiten/pdf/EndfUNCITRAL-Uebereinkentwurf.pdf, sitio visitado el 8 de septiembre de 2003).

(*Zustelladresse*), sino que más bien utiliza una dirección de correo electrónico, que no denota ningún sistema específico. De hecho, no es necesaria una especificación habida cuenta de que, en el marco de las comunicaciones de datos por Internet basadas en protocolos, los mensajes se transmiten sin signos vacíos mediante ordenadores especiales que utilizan cuadros adecuados de destinatarios.

Sobre esta base técnica, el párrafo 2 del artículo 11 [*párrafo 2 del proyecto de artículo 10 del documento A/CN.9/WG.IV/WP.103*], resultaría inútil, debido a que no se comunica al iniciador ningún sistema específico de destino y sólo necesita una dirección de correo electrónico que no depende de un ordenador. La transmisión del mensaje a *otro* sistema no designado (párrafo 2 del artículo 11) no se produce, ya que, para ello, debería haberse designado previamente un sistema."

34. Los problemas planteados en este análisis pueden, de hecho, cobrar importancia si el concepto de "sistema de información" se entiende como los canales e infraestructura de telecomunicaciones utilizados para transferir mensajes a su destino final, y no como la "dirección electrónica" designada por una parte a los efectos de recibir mensajes. No obstante, tal como se ha entendido hasta ahora, el concepto de "sistema de información" engloba "toda la gama de medios técnicos empleados para transmitir, recibir y archivar información", que, según la situación concreta, podría consistir en una "red de comunicaciones y, en otros casos, podría referirse a un buzón electrónico e incluso a una telecopiadora"[68]. En el contexto del anteproyecto de convención, habría que interpretar lo anterior con la misma amplitud. No obstante, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si podría ser útil formular una aclaración adecuada en la definición de "sistema de información", que figura en el apartado e) del proyecto de artículo 5. El Grupo de Trabajo tal vez desee, además, estudiar si conviene añadir alguna explicación sobre los actos del destinatario que deberían considerarse como "designación" de un sistema de información[69]. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la relación existente entre una dirección de correo electrónico como "sistema de información" designado y el sistema utilizado para entregar mensajes en buzones de correos que llevan una extensión particular (por ejemplo, "@XYZ.com").

35. También se ha criticado que la regla del artículo 15 de la Ley Modelo podría ser excesivamente rígida, debido a que la entrada de un mensaje en el sistema del destinatario o en otro sistema designado por éste no siempre permite deducir que el destinatario puede tener acceso al mensaje. Se ha sugerido dar una mayor flexibilidad al concepto de "entrada" añadiendo el concepto de "accesibilidad" del mensaje de datos, que sería pertinente cuando el mensaje pudiera ser "procesado y recuperado por el destinatario" (A/CN.9/509, párrs. 94 y 96). Se formuló la propuesta de vincular la recepción al momento a partir del cual "el destinatario

[68] Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, párrafo 40.

[69] Las observaciones de la Asociación de Colegios de Abogados de Alemania parecen ciertamente fundarse en la percepción de que, a los efectos de la Ley Modelo, una dirección de correo electrónico no puede ser un "sistema de información designado", habida cuenta de que el párrafo 102 de la Guía para la incorporación al derecho interno dice: "la sola indicación de una dirección de correo electrónico o de un número de fax en el membrete o en otro documento no se debe considerar como designación expresa de uno o más sistemas de información".

pudiera normalmente recuperar el mensaje" (A/CN.9/528, párr. 148). No obstante, también se formularon objeciones a dicha propuesta, ya que la referencia al momento en que el destinatario "pueda normalmente" "recuperar" el mensaje podría apartarse del concepto aceptado de "disponibilidad" del mensaje para ser procesado en un sistema de información, como criterio objetivo, introduciendo en su lugar un criterio más subjetivo (A/CN.9/528, párr. 149).

36. No parece haber discrepancias en torno al objetivo general de elaborar reglas supletorias relativas al envío y la recepción de mensajes cuyo objetivo sea distribuir equitativamente los riesgos y las responsabilidades entre el iniciador y el destinatario (A/CN.9/528, párr. 145). En principio, no debería ser difícil lograr un consenso internacional sobre el principio de que toda persona que gestione un sistema de información, o que designe un sistema de información específico para la recepción de mensajes de datos, debe asumir el riesgo de pérdida o demora de los mensajes que hayan entrado efectivamente en dicho sistema, incluso si se trata de un sistema administrado por un tercero. No obstante, este punto pone de relieve la importancia de que se entienda claramente el significado de "sistema de información", en particular cuando las partes se comunican por correo electrónico.

37. Cuando no se haya designado un sistema concreto, la regla debería permitir a los jueces o árbitros, a quienes correspondiera dirimir una controversia sobre el momento de la recepción de un mensaje de datos, evaluar con un criterio razonable la elección de un sistema de información por el iniciador, a falta de una designación clara por parte del destinatario.

38. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar posibles vías para superar las divergencias expresadas sobre este aspecto del proyecto de artículo 10. Una posibilidad que se ha propuesto, incluso en relación con sistemas que siguen la "teoría de la información" a efectos de la formación del contrato, podría ser la de basar la entrega efectiva de un mensaje al sistema de información del destinatario en una presunción de conocimiento (en el sentido de "accesibilidad" o "posibilidad de conocer") del mensaje. Así, correspondería al destinatario aducir pruebas de que, sin mediar culpa por su parte ni por parte de cualquier otro intermediario designado por él, no logró tener acceso al mensaje[70].

[70] Giovanni Comandé y Salvatore Sica, Il commercio elettronico (Turín, G. Giappichelli, 2001), pág. 57). Los autores proponen este criterio como interpretación combinada de los artículos 1136 (que exige el "conocimiento" de la aceptación por parte del oferente en la formación del contrato) y 1135 (que establece la presunción del conocimiento de una de las partes cuando la aceptación fue comunicada a la dirección adecuada), ambos del Código Civil italiano, y del apartado 1 del artículo 12 del Decreto Núm. 513/1997 (en virtud del cual se considerará que el destinatario ha recibido un documento electrónico cuando éste se haya "transmitido" a la dirección electrónica indicada por aquél). Los autores señalan que dicha interpretación estaría también en consonancia con el concepto de "accesibilidad" de un mensaje de datos a los efectos de la Directiva de la UE.

A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.3

Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 42º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: información de antecedentes
Nota de la Secretaría

ADICIÓN

Índice

		Párrafos
III.	Cuestiones relacionadas con la utilización de mensajes de datos en los contratos internacionales	1-24
	C. Requisitos de forma	2-24
	1. Requisitos de forma y fuerza probatoria de los documentos electrónicos	3-7
	2. Atribución de mensajes y requisito de una firma	8-24

III. Cuestiones relacionadas con la utilización de mensajes de datos en los contratos internacionales

1. Las secciones que figuran a continuación versan sobre cuestiones que, o bien son inherentes a la contratación por vía electrónica, o bien adquieren particular importancia por la utilización de dicha vía moderna de comunicación. En la sección C se examinan cuestiones relacionadas con la idoneidad de los métodos y criterios de autenticación para determinar la autoría u origen de los mensajes de datos y en la sección D se analizan las cuestiones jurídicas suscitadas por el empleo de sistemas totalmente automatizados en el comercio electrónico, como sería el problema de las faltas y errores que puedan cometerse. La sección E versa sobre la disponibilidad, para los interesados, de las cláusulas o condiciones contractuales y sobre el deber de proporcionar ciertos datos que cabría imponer a toda persona que se valga de sistemas electrónicos de información para negociar. Tanto la sección D como la E figurarán en una próxima adición (A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.4).

C. Requisitos de forma

2. El anteproyecto de convención sobre la contratación electrónica se inspira en el principio general de la libertad de forma consagrado en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[1], para extenderlo a todos los contratos a los que su régimen vaya a ser

[1] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, No. 25567, pág. 3. Puede consultarse igualmente en el sitio http://www.uncitral.org/spanish/texts/sales/CISG-s.htm.

aplicable. Dicho régimen reconoce, no obstante, que la ley aplicable al contrato puede haber previsto requisitos de forma, como los de consignarlo por escrito o de firmarlo, que serán aplicables en todo supuesto en el que un Estado Parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa formule una reserva al respecto conforme a lo previsto en el artículo 96 de esa Convención[2]. Aun cuando no se impongan requisitos de forma en sí, la utilización de mensajes de datos puede verse obstaculizada por el régimen de la prueba que sea aplicable, que tal vez limite explícita o implícitamente la capacidad de las partes para probar la existencia y el contenido de un contrato mediante un mensaje de datos.

1. Requisitos de forma y fuerza probatoria de los documentos electrónicos

3. Pese a la aceptación generalizada de que goza la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (en adelante denominada "la Ley Modelo"), y del número creciente de Estados que se inspiran en esa ley al elaborar sus regímenes de comercio electrónico, la preparación de un instrumento internacional sobre la contratación electrónica no puede partir del supuesto de que los principios de la Ley Modelo son ya de aplicación universal. Por consiguiente, sería útil que en el nuevo instrumento se establecieran las condiciones conforme a las cuales cabría satisfacer los requisitos de forma con métodos electrónicos de valor equivalente.

4. No hay muchas decisiones judiciales sobre la validez jurídica de la documentación electrónica. De los pocos fallos hasta ahora publicados se desprende que, si bien se tiende al reconocimiento jurídico de todo documento y mensaje de datos electrónico, su admisibilidad como método fiable para la formación de un contrato y como prueba fehaciente de su contenido sigue suscitando también cierto grado de incertidumbre.

5. En los Estados Unidos de América, los tribunales parecen enfocar con amplitud de criterio la admisibilidad de la documentación electrónica, así como de los mensajes por correo electrónico, como prueba fehaciente en las actuaciones civiles[3]. Los tribunales estadounidenses han rechazado alegatos de que los mensajes por correo electrónico carecían de fuerza probatoria por ser testimonios verbales no autenticados[4]. Han concluido en cambio que los mensajes por correo electrónico del

---

[2] Conforme a esa disposición,

> "El Estado Contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se prueben por escrito podrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al artículo 12 en el sentido de que cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado".

[3] *Commonwealth Aluminum Corporation v. Stanley Metal Associates*, *United States District Court for the Western District of Kentucky*, 9 de agosto de 2001, *Federal Supplement,* segunda serie, vol. 186, pág. 770; y *Central Illinois Light Company (CILCO) v. Consolidation Coal Company (Consol)*, *United States District Court for the Central District of Illinois*, 30 de diciembre de 2002, *Federal Supplement*, segunda serie, vol. 235, pág. 916.

[4] Por ejemplo, en la causa *Sea-Land Service, Inc. v. Lozen International, Llc.*, un tribunal de apelación revocó la decisión de un tribunal federal de primera instancia por la que éste había excluido como prueba un mensaje de correo electrónico interno enviado por uno de los empleados del demandante, aduciendo que el demandado "no hace alegato alguno ni presenta

demandante durante el proceso de proposición de prueba se autenticaban por sí mismos, dado que "la presentación de documentos tomados del archivos o de los libros del propio interesado, a los fines de la proposición de prueba, basta para justificar un dictamen de autoautenticación"[5]. Los tribunales tienden a tomar en consideración todas las pruebas disponibles y no rechazan la documentación electrónica como prueba presuntamente insuficiente.

6. Por el contrario, en algunos países que no han aprobado la Ley Modelo se ha dicho que la documentación electrónica, particularmente la generada al negociar por Internet, "carece de validez jurídica"[6]. Además, el riesgo de que se manipule la documentación electrónica ha motivado ciertos fallos que deniegan, por ejemplo, validez a todo mensaje por correo electrónico como medio de prueba en las actuaciones judiciales por estimarse que dichos mensajes no garantizan de forma adecuada la integridad de la información que transmiten[7].

7. La jurisprudencia en la materia es aún incipiente y, habida cuenta del escaso número de fallos emitidos hasta la fecha, no se dispone de una base suficiente para extraer conclusiones firmes. Con todo, cabe decir que el comercio internacional no dejaría de sacar provecho de la certidumbre jurídica que dimanaría de un régimen uniforme que definiera los criterios para el reconocimiento jurídico de la documentación electrónica y de los mensajes de datos en el comercio internacional. A dicho fin, en el párrafo 2 del artículo 9 del anteproyecto de convención se transcriben los criterios enunciados en el artículo 6 de la Ley Modelo para el reconocimiento jurídico de un mensaje de datos como el equivalente electrónico de un "escrito".

2. Atribución de mensajes y requisito de una firma

8. La utilización de métodos de identificación electrónicos conlleva dos aspectos que tal vez convenga que el Grupo de Trabajo examine. El primero se relaciona con la cuestión general de la atribución de un mensaje a su supuesto iniciador. El segundo se refiere a la idoneidad del método de identificación utilizado por las

---

prueba alguna de la identidad y el cargo del empleado" que escribió el mensaje. El tribunal de apelación observó que el mensaje electrónico original, en forma de memorando interno de la empresa, concluía con una "firma" electrónica en la que constaba el nombre y cargo de su autor y determinó que el tribunal federal de primera instancia había abusado de su potestad discrecional al rechazar la fuerza probatoria de dicho mensaje. (*United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, 3 de abril de 2002, *Federal Reporter*, tercera serie, vol. 285, pág. 808).

[5] *Superhighway Consulting, Inc. v. Techwave, Inc., United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division*, 16 de noviembre de 1999, *U.S. Dist. LEXIS* 17910.

[6] Declaración (sin fecha) del magistrado Ruy Rosado de Aguiar Jr. del *Superior Tribunal de Justiça* brasileño ("Comércio eletrônico não tem valor jurídico") difundida en http://www.trabalhodeeconomia.hpg.ig.com.br/juri.html, sitio consultado por última vez el 12 de septiembre de 2003).

[7] *Amtsgericht Bonn,* caso Núm. 3 C 193/01, 25 de octubre de 2001*, JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 332/2002* (difundido en el sitio www.jurpc.de/rechtspr/20020332.htm, consultado por última vez el 11 de septiembre de 2003). En esta causa, el demandante entabló juicio reclamando el pago de la comisión que le correspondía como intermediario en una venta de cigarrillos a granel. El tribunal desestimó la pretensión por falta de prueba de la existencia de un acuerdo de pago de una comisión. El tribunal dictaminó que las copias impresas de los mensajes electrónicos que había presentado el demandante y rechazado el demandado no tenían fuerza probatoria porque, "como es de conocimiento general" los mensajes corrientes, expedidos por correo electrónico, son fáciles de alterar o de falsificar.

partes a efectos de cumplir con los requisitos jurídicos de forma, en particular con el requisito de firma. También convendría examinar los conceptos jurídicos que presuponen la presencia de una firma manuscrita, como la noción de "documento" propia de algunos ordenamientos. Aun cuando esos dos aspectos suelan aparecer combinados, o no sean totalmente distinguibles entre sí en determinadas circunstancias, tal vez convenga analizarlos por separado, teniendo en cuenta que los tribunales tienden a emitir dictámenes distintos según sea la función que se asigne al método de identificación.

a) Autoría de los mensajes de datos

9. La Ley Modelo trata de la atribución de los mensajes de datos en su artículo 13. Esa disposición se inspira en el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito, que define las obligaciones del expedidor de una orden de pago. El artículo 13 será aplicable para resolver toda duda acerca de si un mensaje de datos fue efectivamente enviado por la persona que consta como iniciador. En el caso de una comunicación consignada sobre papel, el problema surgiría a raíz de una firma presuntamente falsificada del supuesto expedidor. En las comunicaciones electrónicas puede suceder que una persona no autorizada haya enviado el mensaje, pero que la autenticación mediante clave, criptografía o algún método similar sea correcta. El artículo 13 no tiene por finalidad asignar la responsabilidad, sino atribuir la autoría de los mensajes de datos. Establece una presunción de que de darse ciertas circunstancias un mensaje de datos deberá ser tenido como emanado del iniciador.

10. En el párrafo 1 del artículo 13 de la Ley Modelo se recuerda el principio de que el iniciador queda vinculado por todo mensaje de datos que haya efectivamente enviado. El párrafo 2 se refiere al supuesto de que el mensaje haya sido enviado por una persona distinta del iniciador facultada para actuar en su nombre. El párrafo 3 trata de dos supuestos en que el destinatario podría considerar que el mensaje de datos emanaba del iniciador: en primer lugar, el supuesto de que el destinatario haya aplicado adecuadamente un procedimiento de autenticación previamente convenido con el iniciador; y, en segundo lugar, el supuesto de que el mensaje de datos haya resultado de los actos de una persona cuya relación con el iniciador le haya dado acceso a los métodos de autenticación del iniciador.

11. Varios países han adoptado el régimen del artículo 13 de la Ley Modelo, inclusive la presunción de autoría que se establece en el párrafo 3 de dicho artículo[8]. Varios países se refieren expresamente a la utilización de códigos, contraseñas u

[8] Véanse Colombia (Ley Número 527 de 1999: Ley de comercio electrónico, artículo 17); Ecuador (Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos de 2002, artículo 10); Filipinas (*Electronic Commerce Act 2000*, artículo 18, párrafo 3)); Jordania (Ley de operaciones electrónicas Núm. 85 de 2001, artículo 15); Mauricio (*Electronic Transactions Act 2000*, artículo 12 párrafo 2)); República de Corea (Ley marco sobre comercio electrónico de 1999, artículo 7, párrafo 2)); Singapur (*Electronic Transactions Act 1998*, sección 13, 3)); Tailandia (Ley de operaciones electrónicas de 2002, artículo 16); y Venezuela (Decreto Núm. 1024 de 10 de febrero de 2001 - Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas, artículo 9). Ese mismo régimen se aplica en la isla de Jersey (*Electronic Communications (Jersey) Law 2000*, sección 8), dependencia de la Corona Británica, y en las islas Bermudas (*Electronic Transactions Act 1999*, sección 16, párrafo 2) y Turcas y Caicos (*Electronic Transactions Ordinance 2000*, sección 14), territorios británicos de ultramar.

otras formas de identificación como factores determinantes de una presunción de autoría[9]. También hay países que formulan en términos más generales la presunción creada, conforme al artículo 13, por la verificación adecuada mediante un procedimiento convenido de antemano, como meramente indicadora de los elementos que cabe utilizar para la atribución de un mensaje[10].

12. Otros países, por el contrario, se han limitado a adoptar el régimen general del artículo 13, que dispone que un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado por el propio iniciador o por alguna persona facultada para actuar en su nombre, o por medio de un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente[11]. Por último, algunos países, que han adoptado el régimen de la Ley Modelo, han omitido toda disposición inspirada en el artículo 13[12]. Esos países dieron por supuesto que no hacía falta ningún régimen especial al respecto y que lo mejor sería que la atribución se hiciera por el procedimiento habitual de prueba, al igual que para los documentos consignados sobre papel: "Toda persona que se fía de una firma se expone a que ésta no sea válida, regla que se aplica por igual al supuesto de la firma electrónica"[13].

13. En los países que no han adoptado el régimen de la Ley Modelo, no parece que se disponga de régimen legal alguno que permita la atribución del mensaje por analogía. En esos países, la atribución suele depender del reconocimiento jurídico de la firma electrónica y de las presunciones favorables a todo documento autenticado por algún tipo especial de firma electrónica.

14. En el anteproyecto de convención no se ha previsto hasta la fecha ninguna regla especial para la atribución de mensajes inspirada en el artículo 13 de la Ley Modelo. No obstante, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de disponer de un régimen para la atribución del mensaje que no dependa del régimen de la firma electrónica. La razón para sugerirlo radica en que una firma no

---

[9] México (Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, de 26 de abril de 2000, artículo 90, párrafo I).

[10] En la subsección a) de la sección 9 de la *Uniform Electronic Transactions Act (UETA)* de los Estados Unidos se establece, por ejemplo, que una firma o documento electrónico "será atribuible a una persona si resultó de un acto de esa persona. Dicho acto puede manifestarse de diversas formas, inclusive mediante una demostración de la eficacia de todo procedimiento de seguridad que se aplique para determinar la persona a la que la firma o el documento electrónico era atribuible". En la subsección b) se dispone, además, que la eficacia de una firma o documento electrónico atribuido a una persona conforme a la subsección a) "se determinará por el contexto y las circunstancias del momento de su creación, ejecución o aprobación, incluido todo acuerdo entre las partes, si lo hubiere, así como de cualquier otra forma prevista por la ley".

[11] Australia (*Electronic Transactions Act 1999*, sección 15, subsección 1)); básicamente lo mismo sucede en la legislación de Eslovenia (Ley sobre el comercio electrónico y las firmas electrónicas de 2000, sección 5); de la India (*Information Technology Act 2000*), sección 11; del Pakistán (Ordenanza sobre operaciones electrónicas de 2002, sección 13, párrafo 2)); de la Isla de Man (*Electronic Transactions Act 2000*, sección 2), dependencia de la Corona Británica; y de la Región Administrativa Especial (RAE) de Hong Kong (China) (*Electronic Commerce Ordinance, 2000*, sección 18).

[12] Por ejemplo, el Canadá, Francia, Irlanda, Nueva Zelandia y Sudáfrica.

[13] *Uniform Law Conference of Canada, Uniform Electronic Commerce Act (Annotated),* comentario sobre el apartado 2 de la sección 10 (se difunde en el sitio http://www.ulcc.ca/en/poam2/ index.cfm?sec=1999&sub=1999ia, consultado por última vez el 11 de septiembre de 2003).

es el único método de identificación reconocido por la ley para atribuir documentos o mensajes a una persona determinada, como se desprende del comentario oficial de la regla enunciada a dicho respecto en la Ley Uniforme de las Operaciones Electrónicas (UETA) de los Estados Unidos[14]:

"1. Conforme a la subsección a) [de la sección 9 de la UETA], se atribuirán a una persona determinada la firma o el documento electrónico, siempre que dicha firma o documento haya resultado de algún acto de dicha persona; los efectos jurídicos de dicha atribución están regulados en la subsección b). Por la presente sección no se modifica el régimen legal que sea por lo demás aplicable a la atribución de todo acto jurídico, sino que se extiende su ámbito de aplicación al comercio electrónico. Por acto de una persona se entenderá también todo acto autorizado de un apoderado de dicha persona, así como todo acto imputable a un agente electrónico, que sea, el instrumento de dicha persona. Aunque dicho régimen parezca enunciar lo obvio, no deja de poner en claro que el documento o la firma no serán atribuidos a una máquina, sino a la persona que opere o programe dicha máquina.

Conforme a la subsección a), tanto la firma como el documento electrónico serán atribuibles a una persona en cada uno de los supuestos siguientes:

A. Dicha persona haya mecanografiado su nombre en una orden de compra transmitida por correo electrónico;

B. Un empleado, con facultades jurídicas para hacerlo, haya mecanografiado el nombre de dicha persona como parte de una orden de compra transmitida por correo electrónico;

C. La computadora de dicha persona, que ha sido programada para cursar órdenes de compra al recibir cierta información sobre existencias, conforme a determinadas pautas, emite una orden de compra bajo el nombre de dicha persona o con algún otro dato revelador de su identidad personal, como parte de dicha orden.

En cada uno de los supuestos recién enumerados, toda otra ley distinta de la UETA atribuiría la firma y la orden de compra a la persona titular de dicha firma, siempre que su firma conste en un documento consignado sobre papel. La subsección a) dispone expresamente que toda orden de compra y su firma surtirán idéntico efecto cuando se utilice un soporte electrónico.

2. Nada de lo dispuesto [en la sección 9 de la UETA] menoscabará la validez de una firma electrónica como dispositivo para la atribución de un documento a una persona. De hecho, la firma suele ser el principal método para la atribución de un documento a una persona. En los ejemplos anteriores, una vez que se ha atribuido la firma electrónica a una persona, también se le

[14] *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Electronic Transactions Act (1999)*, aprobada y recomendada para su promulgación en todos los estados, en su 108a asamblea anual, que se celebró en Denver, estado de Colorado, del 23 al 30 de julio de 1999), con nota preliminar y comentarios (se difunde en el sitio http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/ 1990s/ueta99.htm, consultado por última vez el 11 de septiembre de 2003).

atribuiría el documento electrónico, salvo que se determinara que ha mediado fraude o falsificación o alguna otra causal de nulidad. Con todo, la firma no es el único método de atribución.

3. En las comunicaciones por facsímile se encuentran varios ejemplos de métodos de atribución en los que la información identificadora del autor del facsímile no consiste en una firma. Cabe atribuir un facsímile a una persona determinada por los datos de la máquina emisora que figuran en la parte superior de la página transmitida. De forma análoga, la comunicación puede llevar un membrete por el que se identifique al remitente. Ciertos fallos judiciales han dictaminado que el membrete constituía efectivamente una firma por ser el símbolo que adoptaba el remitente con la intención de autenticar el facsímile. En rigor, dicha determinación de la firma obedeció al dictamen emitido por el tribunal sobre la intención del expedidor del facsímile. En otros fallos se ha dictaminado, en cambio, que el membrete de un facsímile NO constituía una firma precisamente porque faltaba la intención requerida para una firma. El factor decisivo radica en que, con o sin firma, sea o no posible que la información consignada en un documento electrónico contenga ciertos datos que permitan atribuir dicho documento a determinada persona.

En el contexto de la atribución de documentos, la información requerida para fundamentar un dictamen de atribución de la autoría suele figurar en el propio documento. También es posible que un procedimiento convenido entre las partes, para negociar entre sí, permita emitir un dictamen de autoría. Como sucede con los documentos consignados sobre papel, en este caso también cabe introducir contrapruebas de falsificación para refutar las pruebas en que se funde la atribución.

4. Es posible que en un contexto electrónico consten ciertos datos que, aunque no lo parezca, permitan atribuir claramente determinado documento a determinada persona. Elementos como los códigos numéricos, las cifras de identificación personal y las combinaciones de claves públicas y privadas sirven para determinar la persona a la que haya de atribuirse un documento electrónico. Claro está que los procedimientos de seguridad constituyen otra modalidad de prueba con la que puede determinarse la autoría de un documento.

Toda referencia explícita a los procedimientos de seguridad como medio de probar la autoría es útil por la importancia singular de esos procedimientos en el ámbito electrónico. En determinadas causas, el dispositivo de seguridad técnico utilizado tal vez sea el argumento más eficaz para obtener un dictamen pericial de los hechos que confirme que cabe atribuir una determinada firma o documento electrónico a determinada persona. En ciertas circunstancias, la utilización de un procedimiento de seguridad que permita determinar que un documento y su firma proceden del negocio de determinada persona puede ser un factor decisivo para contrarrestar alguna pretensión falsa de que ha intervenido en la operación un pirata informático. Esta insistencia en los procedimientos de seguridad no quisiera sugerir que deban asignarse efectos menos convincentes a otras formas probatorias de la de autoría. Conviene también recordar que la ventaja intrínseca de un determinado procedimiento no depende tanto de su condición de procedimiento de seguridad como del

valor probatorio que se le asigne a dicho procedimiento de seguridad como elemento para determinar la autoría."

15. También es importante tener presente que una presunción de autoría no faculta por sí misma para prescindir del régimen jurídico de la firma cuando se necesite una firma para dar validez o probar un acto. Después de haberse dictaminado que una firma o documento es atribuible a determinada persona, "el efecto de una firma o documento deberá ser determinado en función del contexto jurídico y de las circunstancias del caso, así como de todo acuerdo entre las partes, si lo hubiere", y de "todo otro requisito legal que sea aplicable en el supuesto considerado"[15].

16. Cabe observar una actitud más severa en ciertos fallos recientes relativos a subastas por Internet, en los que los tribunales han aplicado criterios muy rigurosos para la atribución de la autoría de un mensaje de datos. En general se trataba de causas entabladas por incumplimiento de un contrato a raíz de la falta de pago de ciertos bienes supuestamente adquiridos en una subasta por Internet. En cada uno de ellos, el demandante alegaba que el demandado había comprado dichos bienes y aducía como prueba el hecho de que el precio más alto ofrecido se hubiera autenticado con la contraseña del demandado, en un mensaje enviado desde la dirección de correo electrónico del demandado. Los tribunales han dictaminado en esas causas que los elementos aportados como prueba no eran suficientes para determinar de forma concluyente que era efectivamente el demandado el que había participado en la subasta y presentado la oferta que resultó ganadora. Los tribunales han utilizado diversos argumentos para fundamentar esa posición. Han sostenido, por ejemplo, que las contraseñas no eran fiables, puesto que cualquiera que conociera la contraseña del demandado podría haber utilizado su dirección de correo electrónico dondequiera se encontrara y podría haber participado en la subasta utilizando el nombre del demandado[16]; algunos tribunales entendieron que ese riesgo era "muy alto", apoyándose en dictámenes periciales sobre los riesgos de seguridad inherentes a las comunicaciones por Internet, mencionándose en particular ciertos programas denominados "caballos de Troya", que son capaces de "robar" la contraseña de una persona[17]. El oferente de bienes o servicios a través de un medio particular de comunicación debía asumir el riesgo de todo uso no autorizado del dispositivo de identificación de una persona (contraseña), habida cuenta de que no había ninguna presunción jurídica que permitiera atribuir a cierta persona los mensajes transmitidos a partir de un sitio en Internet con la contraseña de acceso del titular de dicho sitio en Internet[18]. Si bien cabría admitir que tal presunción fuera aplicable al empleo de una "firma electrónica avanzada", de

[15] Ibíd.

[16] *Amtsgericht Erfurt*, caso Núm. 28 C 2354/01, 14 de septiembre de 2001, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 71/2002* (se difunde en el sitio http://www.jurpc.de/rechtspr/20020071.htm, consultado por última vez el 25 de agosto de 2003).

[17] *Landgericht Konstanz*, caso Núm. 2 O 141/01 A, 19 de abril de 2002, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 291/2002* (se difunde en el sitio http://www.jurpc.de/rechtspr/20020291.htm, consultado por última vez el 25 de agosto de 2003).

[18] *Landgericht Bonn*, caso Núm. 2 O 450/00, 7 de agosto de 2001, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 136/2002* (se difunde en el sitio http://www.jurpc.de/rechtspr/20020136.htm, consultado por última vez el 25 de agosto de 2003).

prescribirlo así la ley, no cabe imponer al titular de una mera "contraseña" el riesgo de que personas no autorizadas utilicen indebidamente su contraseña[19].

17. Un régimen uniforme de la autoría de un mensaje de datos dotará, sin duda, de mayor certidumbre o seguridad jurídica a los elementos de los que pueda uno fiarse para atribuir la autoría de un mensaje de datos. Cabría enunciar dicho régimen en forma de una presunción inspirada en las reglas del artículo 13 de la Ley Modelo. Ello tendría la ventaja adicional de limitar el alcance de las cuestiones que se desea resolver mediante la definición de unas normas técnicas comunes de la firma electrónica, que por lo general cumplen otro cometido.

b) Requisitos de firma

18. Una cuestión que el Grupo de Trabajo deberá examinar respecto del requisito de la firma es si en el anteproyecto de convención debe figurar únicamente una disposición general sobre el reconocimiento de la firma electrónica o si procede enunciar todas las condiciones requeridas para el reconocimiento jurídico de dicha firma. Si se opta por el primer camino, el Grupo de Trabajo tal vez desee introducir en el nuevo instrumento una disposición similar a la del párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo. Dicha opción puede verse reflejada en la variante A del párrafo 3 del proyecto de artículo 9. De inclinarse por la segunda opción, el Grupo de Trabajo deberá formular un texto más detallado de un tenor análogo al del párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas. Esa opción puede verse reflejada en la variante B del párrafo 3 del proyecto de artículo 9. Cabe subrayar que esas opciones no se excluyen entre sí, puesto que el párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico fue la fuente inspiradora del texto más detallado del párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas.

19. En última instancia, la elección de una u otra variante dependerá de la decisión que se adopte sobre la exhaustividad requerida para brindar una orientación adecuada y dotar al nuevo régimen de una uniformidad aceptable. En todo caso, es importante que el nuevo régimen conserve la debida flexibilidad para que los interesados y los tribunales puedan determinar la idoneidad y fiabilidad de los métodos de autenticación utilizados a la luz de las circunstancias del caso.

20. En algunos países se ha tendido a interpretar los requisitos de firma con amplitud de criterio. Los tribunales estadounidenses se han mostrado abiertos al reconocimiento legal de la firma electrónica y han permitido su utilización también en situaciones no contempladas expresamente en la ley por la que se autoriza el empleo de dicha firma, como en los mandamientos judiciales[20]. Cabe citar como de mayor importancia en el ámbito contractual, el hecho de que los tribunales también se hayan pronunciado a favor de la procedencia de ciertas formas de identificación basadas en el trato establecido entre las partes, sin aplicar un criterio igual de

---

[19] *Oberlandesgericht Köln*, caso Núm. 19 U 16/02, 19 de abril de 2002, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 291/2002* (se difunde en el sitio http://www.jurpc.de/rechtspr/20020291.htm, consultado por última vez el 25 de agosto de 2003).

[20] *Department of Agriculture & Consumer Services. v. Haire, Court of Appeal of Florida*, caso Núm. 4D02-2584 y Núm. 4D02-3315, 15 de enero de 2003 (se difunde en el sitio http://www.4dca.org/Jan2003/01-15-03/4D02-2584op.pdf, consultado por última vez el 12 de septiembre de 2003).

estricto en dichas situaciones. Conforme a dicho criterio, en supuestos en los que las partes negociaban habitualmente entre sí por correo electrónico, los tribunales han dictaminado que, bastaba que apareciera el nombre mecanografiado del iniciador en el mensaje electrónico para que se cumplieran los requisitos legales de una firma[21]. Se ha concluido que "el acto deliberado de una persona de mecanografiar su nombre al pie de sus mensajes expedidos por correo electrónico" puede ser una forma válida de autenticarlos[22]. La misma amplitud de criterio ha guiado a los tribunales colombianos que han corroborado la admisibilidad de las actuaciones judiciales tramitadas íntegramente mediante comunicaciones electrónicas. Se entendió que los escritos intercambiados durante las actuaciones eran válidos, aun cuando no llevaran una firma digital[23], habida cuenta de que los métodos utilizados en dichas comunicaciones por vía electrónica permitían identificar a las partes[24].

21. No obstante, en otros países, como Francia, los tribunales se han mostrado reacios a aceptar la equivalencia entre los métodos electrónicos de identificación y

---

[21] La causa *Cloud Corporation v. Hasbro, Inc*. consistía en una demanda por incumplimiento de contrato en la que el demandado negó haber cursado varias órdenes de compra. Las partes se habían comunicado por correo electrónico. Aparentemente, parte de la correspondencia intercambiada no estaba firmada. El tribunal federal de primera instancia falló a favor del demandado por falta de pruebas del envío de las supuestas cartas de pedido. El tribunal de apelación revocó el fallo alegando que la constancia del nombre del remitente en la correspondencia electrónica cumplía el requisito de firma previsto en la Ley contra el fraude. El tribunal de apelación sostuvo además que ni en el cuerpo de leyes de *common law* ni en el Código de Comercio Uniforme se exigía una firma manuscrita, "aun cuando una firma manuscrita tuviera más fuerza probatoria que una firma mecanografiada". El tribunal de apelación subrayó que la finalidad de la Ley contra el fraude es impedir que una parte contratante convierta en materia litigiosa un asunto relacionado con las condiciones contractuales o, si el caso fuere, con la existencia misma de un contrato, fundándose en la mera aserción de esa parte. Para el cumplimiento de esa finalidad la Ley no prevé una firma manuscrita, en particular cuando en una causa, además de los escritos, se han aducido otras pruebas, no sólo una prueba consistente en una mera aserción, que demuestran la existencia del contrato". (*United States Court of Appeals for the Seventh Circuit,* 26 de diciembre de 2002*, Federal Reporter*, tercera serie, vol. 314, pág. 296).

[22] *Jonathan P. Shattuck v. David K. Klotzbach, Superior Court of Massachusetts*, 11 de diciembre de 2001, 2001 *Mass. Super. LEXIS 642*. En esta causa, el comprador entabló juicio contra el vendedor para forzar el cumplimiento de un contrato de compraventa de bienes raíces y solicitar indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el supuesto incumplimiento contractual. El vendedor elevó una petición para que se desestimara la pretensión alegando que no había un contrato de compraventa escrito y firmado que reuniera los requisitos de forma previstos en la legislación de Massachusetts. Las partes habían negociado la compraventa de bienes raíces por correo electrónico y cada mensaje intercambiado entre ellas llevaba al pie una firma mecanografiada. El tribunal sostuvo que, al efectuar la formación del contrato, las partes habían consignado las condiciones propias de un contrato de compraventa de bienes raíces: las partes, el lugar, el carácter de la operación y el precio de compra se ajustaban a la Ley contra el fraude. Sostuvo, además, que, al enviar por correo electrónico los mensajes relativos a las condiciones de compraventa de los bienes raíces, el vendedor obró en la intención de que su nombre mecanografiado al pie sirviera de medio de autenticación

[23] Colombia ha aprobado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Aunque contiene una disposición general análoga al artículo 7 de la Ley Modelo, la ley colombiana establece la presunción de autenticidad sólo respecto de las firmas digitales (Ley Número 527 de 1999: Ley de comercio electrónico, artículo 28).

[24] Juan Carlos Samper c. Jaime Tapias, Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Rovira Tolima, 21 de julio de 2003, Rad. 73-624-40-89-002-2003-053-00 (se difunde en el sitio www.alfa-redi.org/documento/alexdiaz.pdf, consultado por última vez el 12 de septiembre de 2003).

la firma manuscrita antes de que se promulgue alguna norma legal por la que se reconozca expresamente la validez de la firma electrónica[25]. Pese a ello, hay decisiones en virtud de las cuales se acepta la presentación por vía electrónica de los recursos administrativos para facilitar el cumplimiento de algún plazo legal, al menos siempre que se confirmen ulteriormente por correo ordinario[26].

22. En contraste con el criterio restrictivo aplicado a la atribución de los mensajes de datos en la formación de un contrato, los tribunales alemanes han aceptado con mayor amplitud de criterio la equivalencia entre los métodos electrónicos de identificación y la firma manuscrita en las actuaciones judiciales. El debate en Alemania ha girado en torno a la utilización cada vez más frecuente de la reproducción por escáner de la firma del letrado defensor como forma de autenticar los facsímiles de todo escrito de apelación que se transmita directamente por módem de una computadora a una máquina de facsímile perteneciente a un tribunal. En fallos anteriores, los tribunales de apelación[27] y la Corte Suprema Federal (*Bundesgerichtshof)*[28] habían dictaminado que la reproducción de una firma manuscrita por escáner ni se ajustaba a los requisitos de la firma ni probaba la identidad de una persona. Aun cuando se estimó que sí cabría pensar que la calificación de medio de identificación admisible fuera aplicable a la "firma electrónica avanzada", conforme está definida en el derecho alemán. No obstante, se entendió que en general incumbía al legislador, no a los tribunales, determinar las condiciones requeridas para la equivalencia entre un escrito y una comunicación consignada sobre un soporte no corporal y transmitida por conducto de un mensaje de datos[29]. Esa decisión se revocó ulteriormente ante la opinión unánime de otros

---

[25] *La Cour de cassation* ha rechazado la admisibilidad de una solicitud de apelación firmada electrónicamente por entender que podía ponerse en duda la identidad del firmante y que dicha solicitud se había refrendado con una firma electrónica antes de que entrara en vigor la ley del 13 de marzo de 2000, en virtud de la cual se reconocía la eficacia jurídica de las firmas electrónicas (*Cour de cassation, Deuxième chambre civile*, 30 de abril de 2003, Société Chalets Boisson c. M. X., se difunde en el sitio www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=239, consultado por última vez el 12 de septiembre de 2003).

[26] *Conseil d'État*, caso N° 235784, 28 de diciembre de 2001, Elections municipales d'Entre-Deux-Monts (se difunde en el sitio http://www.rajf.org/article.php3?id_article=467, consultado por última vez el 12 septiembre de 2003).

[27] Por ejemplo, *Oberlandesgericht Karlsruhe*, caso Núm. 14 U 202/96, 14 de noviembre de 1997, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 09/1998* (se difunde en el sitio http://www.jurpc.de/rechtspr/19980009.htm, consultado por última vez el 12 septiembre de 2003).

[28] *Bundesgerichtshof,* caso Núm. XI ZR 367/97, 29 de septiembre de 1998, JurPC - Internet *Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 291/2002* (se difunde en el sitio http://www.jurpc.de/rechtspr/19990005.htm, consultado por última vez el 12 septiembre de 2003).

[29] El *Bundesgerichtshof* reconoció que la jurisprudencia venía aceptando desde hacía cierto tiempo la transmisión de presentaciones procesales en forma de facsímiles. Sin embargo, en esos casos jurisprudenciales, el letrado debía firmar a mano el documento original y esa firma solía constar en el facsímile recibido en tribunales. Se entendió que, los facsímiles generados y transmitidos directamente por una computadora no constituían un documento original material; tampoco estaban firmados a mano por un letrado. Sólo el impreso del facsímile de la máquina del tribunal generaba un documento material. La aceptación de los facsímiles generados por computadora entrañaría en definitiva renunciar a los requisitos de la forma escrita prescriptos por la ley. Se instaba a los legisladores a que establecieran las condiciones de equivalencia entre un escrito consignado sobre papel y formas de comunicación por mensajes de datos transmitidos sin soporte corporal. En opinión del Bundesgerichtshof, esa equivalencia no podía emanar de la jurisprudencia, sino que habría de prescribirse por ley (véase la nota 28 *supra*).

tribunales federales superiores que aceptaron la presentación de determinados escritos procesales en forma de mensaje de datos trasmitidos por vía electrónica que llevaban una firma reproducida por escáner[30].

23. No se sugiere que los argumentos a favor de que se obre con amplitud de criterios en el contexto de los recursos de apelación judiciales o administrativos puedan extrapolarse directamente al ámbito de los contratos internacionales. Es más, si bien en materia contractual la parte que se fía de un mensaje electrónico corre el riesgo de que la otra repudie el acuerdo así convenido, en el ámbito de las actuaciones civiles suele ser la parte que utiliza una firma o un documento electrónico la que desea confirmar su aprobación de dicho documento y su contenido. No obstante, lo expuesto anteriormente muestra que los tribunales se inclinan en la práctica a determinar la fiabilidad de los métodos de autenticación en función de los fines para los que se utilizan.

24. Otro aspecto que el Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente en sus deliberaciones es que, conforme al párrafo 3 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y al párrafo 5 del artículo 6 de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas, un Estado promulgante está facultado para excluir el reconocimiento de la firma electrónica en determinadas circunstancias que han de definirse en la legislación interna. La solución ideal en aras de la armonización jurídica internacional sería que se conviniera en una lista de exclusiones. Con todo, se reconoce que tal vez sería difícil obtener ese resultado. Otra solución posible, que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar, sería excluir sólo aquellos supuestos en los que la legislación interna excluya categóricamente el reconocimiento de toda firma electrónica, o bien en los que prescriba la utilización de un tipo particular de firma electrónica (“firma avanzada” o “firma segura”).

---

[30] En una decisión relativa a una causa a la que se refería el *Bundesgerichtshof* (véase la nota 26 *supra*), la *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes* observó que en las actuaciones judiciales el requisito de forma no constituía un fin en sí mismo. Su finalidad era garantizar una determinación suficientemente fiable (*hinreichend zuverlässig*) del contenido del escrito y la identidad de la persona de la que éste emanaba. Recordó la forma en que había evolucionado la aplicación práctica del requisito de forma para dar cabida a los adelantos tecnológicos del pasado, como el télex y el facsímile. La *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes* sostuvo que la aceptación de ciertas presentaciones procesales transmitidas por vía electrónica en forma de mensaje de datos en que constara la reproducción por escáner de una firma concordaría con el espíritu de la jurisprudencia existente. (*Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, GmS-OGB 1/98, 5 de abril de 2000, JurPC* - Internet *Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 160/2000* (se difunde en el sitio http://www.jurpc.de/rechtspr/20000160.htm, consultado por última vez el 12 septiembre de 2003).

A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.4

Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 42º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: información general
Nota de la Secretaría

ADICIÓN

Índice

	Párrafos
III. Cuestiones relativas a la utilización de mensajes de datos en los contratos internacionales	1-24
D. Sistemas de información automatizados	1-13
1. Responsabilidad por todo acto jurídico de un sistema informático	3-5
2. Errores en los mensajes y en las comunicaciones	6-13
E. Incorporación de las condiciones contractuales y su disponibilidad para los interesados	14-24
1. Incorporación por remisión de las condiciones contractuales y conciliación de las condiciones eventualmente contradictorias	15-18
2. Disponibilidad de las cláusulas contractuales	19-24

III. Cuestiones relativas a la utilización de mensajes de datos en los contratos internacionales

D. Sistemas de información automatizados

1. El uso creciente en el comercio electrónico de sistemas informáticos, denominados a veces “agentes electrónicos”, ha dado lugar a que muchos autores, en particular en los Estados Unidos de América, vuelvan a examinar la doctrina tradicional del *common law* sobre la formación del contrato para evaluar su idoneidad para el supuesto de contratos formados sin intervención humana[1].

2. Los regímenes convencionales de derecho uniforme existentes no parecen excluir en modo alguno la utilización de sistemas automatizados para, por ejemplo, expedir una orden de compra o tramitar pedidos. Esto parece ser pertinente en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (“la Convención de las Naciones Unidas sobre la

[1] Véase Anthony J. Bellia, Jr., “Contracting with electronic agents”, *Emory Law Journal*, vol. 50 (*fall* 2001), págs. 1047 a 1092.

Compraventa”)[2] que faculta a las partes para establecer sus propios usos o prácticas comerciales,[3] por ejemplo, en un acuerdo marco entre socios comerciales sobre el intercambio electrónico de datos (EDI) que prevea la utilización de “agentes electrónicos”. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico carece también de una regla explícita al respecto. Si bien nada parece obstaculizar la utilización de sistemas totalmente automatizados en la Ley Modelo, ésta no regula específicamente dichos sistemas, salvo en lo relativo a la regla general sobre atribución del párrafo 2 b) del artículo 13[4].

1. Responsabilidad por todo acto jurídico de un sistema informático

3. En un debate anterior sobre esta materia, el Grupo de Trabajo consideró que, si bien se había utilizado por razones de conveniencia la expresión “agente electrónico”, la analogía entre un sistema automatizado y un agente de ventas no resultaba adecuada. Así pues, no cabía aplicar a un agente electrónico los principios generales del derecho aplicables a los mandatarios o agentes comerciales (por ejemplo, los principios relativos a la limitación de la responsabilidad a resultas de la conducta culpable de un agente). El Grupo de Trabajo consideró también que, como principio general, la persona (ya fuere física o jurídica) en cuyo nombre estaba programada una computadora o sistema informático debía ser en definitiva responsable de todos los mensajes generados por dicha máquina (A/CN.9/484, párrs. 106 y 107).

4. En la actualidad, la atribución de los actos de un sistema informático a una persona física o a una persona jurídica se basa en el paradigma de que un agente electrónico es capaz de funcionar únicamente en el marco estructural de su programación preestablecida. No obstante, es concebible que, al menos en teoría, se puedan crear futuras generaciones de sistemas informáticos con capacidad para actuar autónomamente, y no sólo automáticamente. Es decir, cabe concebir que gracias a los adelantos de la inteligencia artificial, una computadora llegue a ser capaz de “aprender de la experiencia, modificar las instrucciones de sus propios programas e incluso inventar nuevas instrucciones[5]”. Esta posibilidad ha llevado a algunos comentaristas a propugnar la atribución de, al menos, algunos elementos de la personalidad jurídica a ciertos sistemas informáticos[6] o a transponer la doctrina general del agente o mandatario a las operaciones efectuadas por un agente informático[7]. No obstante, otros comentaristas se muestran menos propensos a

---

[2] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, Núm. 25567, pág. 3 (disponible también en http://www.uncitral.org/english/texts/sales/CISG.htm).

[3] Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, art. 9.

[4] El párrafo 2 b) del artículo 13 de la Ley Modelo establece que, en las relaciones entre el iniciador y el destinatario, se entenderá que un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado: “por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente”.

[5] T. Allen y R. Widdison, *“Can computers make contracts?” Harvard Journal of Law and Technology,* vol. 9, (*winter* 1996), págs. 25 a 52.

[6] Por ejemplo, Lawrence B. Solum, “Legal personhood for artificial intelligences”, *North Carolina Law Review*, vol. 70 (1992), págs. 1231 a1 287; y Leon E. Wein, “The responsibility of intelligent artifacts: toward an automated jurisprudence”, *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 6 (1992), págs. 103 a 154.

[7] David D. Wong , “The emerging law of electronic agents: e-commerce and beyond”, *Suffolk University Law Review*, vol. 33 (1999), págs. 83 a 106.

extender la noción de la responsabilidad personal a una máquina y prefieren hacer remisión a ciertos principios generales del derecho, como por ejemplo los de "la dependencia" y "la buena fe", para establecer un vínculo de subordinación entre el sistema informático programado y la persona en cuyo nombre funciona[8].

5. Incluso en el caso de que parezca que no es necesario introducir modificación alguna en el régimen general del derecho contractual, tal vez sea útil que el nuevo instrumento internacional aclare que todo acto generado por un sistema informático programado, que esté siendo utilizado por una persona, obligará al usuario de dicho sistema, con independencia de si determinada operación fue o no supervisada por un ser humano.

2. Errores en los mensajes y en las comunicaciones

6. Estrechamente vinculada a la utilización de los sistemas informáticos está la cuestión de las equivocaciones o errores en el comercio electrónico. Dichos errores pueden producirse como consecuencia de acciones humanas (por ejemplo, errores de mecanografía) o de un funcionamiento defectuoso del sistema de información utilizado.

a) Errores humanos

7. Dado que la Ley Modelo no se ocupa de las cuestiones de derecho sustantivo que se plantean en la formación del contrato, tampoco se ocupa de las consecuencias de las equivocaciones y de los errores que se producen en la contratación electrónica. Sin embargo, ciertas normas legales recientes por las que se incorpora el régimen uniforme de la Ley Modelo al derecho interno, como la Ley Uniforme del comercio electrónico (UECA) del Canadá y la Ley Uniforme de las operaciones electrónicas (UETA) de los Estados Unidos de América, contienen disposiciones que regulan los errores cometidos por personas físicas al negociar con un sistema informático de otra persona. Las disposiciones pertinentes de la UECA (secc. 22) y de la UETA (secc. 10) definen las condiciones en las que una persona natural no quedará obligada por un contrato en el supuesto de que haya cometido un error material.

8. La razón de ser del régimen de la UECA y de la UETA parece ser el riesgo relativamente más elevado de que los errores cometidos en operaciones negociadas entre una persona física, por una parte, y un sistema informatizado, por otra, puedan pasar desapercibidos, en comparación con las operaciones en las que sólo intervienen personas físicas. Los errores cometidos por una persona física que negocie con un sistema informatizado podrían resultar irreversibles una vez que se envíe la aceptación.

9. Cabría decir a favor de que se formule alguna regla de derecho sustantivo sobre las consecuencias de los errores informáticos que otros textos internacionales, como los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, regulan las consecuencias de los errores para la validez del contrato, aunque con

[8] Véase Jean-François Lerouge, "The use of electronic agents questioned under contractual law: suggested solutions on a European and American level", *John Marshall Journal of Computer and Information Law*, vol. 18 (*winter* 1999), págs. 403 a 433. En el mismo sentido, desde el punto de vista del *common law*, véase C.C. Nicoll, "Can computers make contracts?", *The Journal of Business Law*, *January 1998*, págs. 35 a 49, en la pág. 42.

criterio restrictivo (véanse arts. 3.5 y 3.6). No obstante, cabría decir en contra que una disposición de este tipo se estaría metiendo en el terreno de nociones bien definidas del derecho contractual, por lo que tal vez no resulte idónea en el contexto de un instrumento expresamente destinado a regular el comercio electrónico, habida cuenta del riesgo de duplicación de los diversos regímenes entre sí (véase A/CN.9/WG.IV/WP.96, pág. 4 y A/CN.9/WG.IV/WP.101, pág. 3).

10. Un enfoque ligeramente distinto consistiría en limitarse a definir ciertas prácticas comerciales recomendadas, que induzcan, por ejemplo, a las empresas a facilitar algún procedimiento que permita detectar y corregir los errores que se produzcan en la negociación de contratos electrónicos, sin entrar a regular las consecuencias de dichos errores para la validez del contrato. El párrafo 2 del artículo 11 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000[9], relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior establecen dicha obligación para los proveedores de "servicios de la sociedad de información". No obstante, se reconoce que al aplicar la Directiva de la UE, los Estados han previsto diversas consecuencias para el supuesto de que una de las partes no haya facilitado procedimiento alguno para detectar y corregir todo error eventual en la negociación de un contrato por vía electrónica. Por ejemplo, en Austria[10], España[11], Irlanda[12] e Italia[13], dicha omisión constituye una infracción administrativa susceptible de ser sancionada con el pago de una multa[14]. En Alemania[15], la consecuencia sería una prórroga del plazo durante el cual un consumidor podrá impugnar la validez del contrato, que sólo empezará a correr cuando el comerciante haya cumplido con sus obligaciones. Una consecuencia similar está prevista en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde el cliente "tendrá derecho a rescindir el contrato salvo que un tribunal, cuya competencia jurisdiccional se extienda a dicho contrato, ordene otra cosa, a instancia del proveedor del servicio"[16].

b) Errores generados por un sistema de información

11. Otra cuestión que se ha propuesto para examen por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) es si un nuevo instrumento debería regular los errores cometidos por el propio sistema

---

[9] Diario Oficial de las Comunidades Europeas Núm. L 17, 17 de julio de 2000, págs. 1 a 16.

[10] *Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz – ECG) und Änderung des Signaturgesetzes sowie der Zivilprozessordnung* (Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, 2001, p. 1977), párr. 4 de la secc. 26.

[11] Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, arts. 38 y 39.

[12] Comunidades Europeas (Directiva 2000/31/CE) Reglamento 2003, regla 13 5).

[13] *Decreto legislativo* 9 de abril de 2003, Núm. 70, párr. 1 del art. 21.

[14] *Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz – ECG) und Änderung des Signaturgesetzes sowie der Zivilprozessordnung* (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 2001, p. 1977), secc. 26, párr. 4.

[15] Código Civil alemán *(Bürgerliches Gesetzbuch)*, secc. 312e, parr. 1, primera oración.

[16] *Electronic Commerce* (*EC Directive*) *Regulations* 2002 (*Statutory Instrument* 2002 Núm. 2013), *regulation* 15.

automatizado. En su examen inicial de esta cuestión, el Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico consideró que los errores cometidos por todo sistema de esa índole deberían ser imputables en definitiva a las personas en cuyo nombre funcionaban. Sin embargo, el Grupo de Trabajo reconoció que quizás haya circunstancias que justifiquen la mitigación de ese principio, como cuando el sistema automatizado genera mensajes erróneos por algún motivo que no fuera razonablemente previsible para la persona en cuyo nombre se enviaron dichos mensajes. Se sugirió que entre los elementos que se deberán tener en cuenta al examinar las posibles limitaciones de la responsabilidad de la persona en cuyo nombre funcione el sistema informático debería figurar el de hasta qué punto dicha persona tiene control sobre el programa informático o sobre otros aspectos técnicos utilizados en la programación de dicho sistema (A/CN.9/484, párr. 108).

12. La complejidad de las cuestiones planteadas puede ilustrarse mediante tres casos muy similares en los que los tribunales alemanes llegaron a resultados opuestos[17]. Dichos casos guardan relación con la compraventa de mercaderías ofrecidas erróneamente por Internet a un precio inferior al que pretendía el vendedor. En los tres casos se negoció el contrato mediante aplicaciones interactivas que generaron respuestas automáticas del vendedor afirmando que los "pedidos" de los clientes (*Auftrag*) serían inmediatamente "servidos" (*ausgeführt*). Se supuso que se trataba de errores informáticos que se produjeron al procesar y anunciar los datos del vendedor en sitios Web administrados por proveedores independientes de servicios Internet. Los tribunales confirmaron el principio según el cual las comunicaciones automatizadas eran imputables a las personas en cuyo nombre se había programado el sistema y se había enviado el mensaje. Los tribunales dictaminaron, por igual, en estos tres casos que el anuncio de mercancías por Internet constituía una mera invitación a negociar (*invitatio ad offerendum*) y que, por dicho motivo, sólo cabía formar un contrato vinculante en el momento en que el vendedor hubiera aceptado la oferta (o licitación) del comprador. Los tribunales confirmaron, además, el valor jurídico de los mensajes enviados por la función de respuesta automática como manifestaciones de voluntad vinculantes (*Willenserklärung*) para el vendedor y de aceptación válida del pedido a los efectos de la formación del contrato.

13. Sin embargo, un tribunal de apelación consideró que el error en la fijación del precio en el anuncio por Internet viciaba la aceptación del vendedor, invalidándola[18]. Dos tribunales de distrito consideraron, a su vez, que la invitación a negociar anunciada por Internet constituía un acto jurídico independiente de toda futura aceptación, por la empresa anunciadora, de la oferta del comprador, de manera que el error, en dicho acto, no afectó a la validez de la aceptación, de la

[17] Oberlandesgericht Frankfurt, 20 de noviembre de 2002, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 91/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030091.htm); Landgericht Köln, 16 de abril de 2003, *JurPC–Internet Zeitschrift für* Rechtsinformatik, JurPC Web-Dok 138/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030138.htm); Amtsgericht Westerburg, Caso Núm. 21 C 26/03, 14 de marzo de 2003, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 184/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030184.htm). Visitados el 9 de septiembre de 2003.

[18] Oberlandesgericht Frankfurt: "*Die unrichtige Übermittlung der 'invitatio ad offerendum' wirkte bei der infolge der entsprechenden Programmierung authomatisch erstellten und dann an den Rechner des Klägers elektronisch übermittelten Annahmeerklärung der Beklagten noch fort.*" (www.jurpc.de/rechtspr/20030091.htm).

oferta del comprador, por el vendedor[19]. Si bien algunas diferencias objetivas entre los distintos casos tal vez hayan influido sobre dichos fallos[20], las discrepancias entre las sentencias parecen ser consecuencia de pareceres contradictorios en lo que se refiere a la atribución del riesgo por un funcionamiento defectuoso de los sitios comerciales en Internet.

E. Incorporación de las condiciones contractuales y su disponibilidad para los interesados

14. Una cuestión adicional relativa a la formación del contrato mediante la intervención total o parcial de un sistema de información automatizado es la de la validez jurídica de la incorporación por remisión de cláusulas contractuales accesibles a través de un "enlace hipertextual". Otra cuestión adicional se refiere a la disponibilidad y a la retención o reproducción de dichas condiciones contractuales.

1. Incorporación por remisión de las condiciones contractuales y conciliación de las condiciones eventualmente contradictorias

15. El artículo 5 *bis* de la Ley Modelo regula la cuestión de la incorporación de las cláusulas contractuales. Dicha disposición enuncia la regla general, según la cual, no se negará validez ni fuerza obligatoria a la información por haber sido incorporada por remisión. Las legislaciones nacionales suelen ir más lejos al establecer las condiciones sustantivas requeridas para dar fuerza ejecutoria, ante los tribunales de justicia, a las cláusulas o condiciones contractuales incorporadas por remisión. Al proceder así, parece que los tribunales distinguen entre las condiciones formuladas por una de las partes, con la intención de imponerlas a la otra parte, y las condiciones establecidas por un tercero con la intención de que se apliquen a todas las operaciones que se negocien en un determinado mercado o a través de determinado servicio que ofrece dicho tercero. En la primera situación, los tribunales de muchos países parecen no admitir que una de las partes acepte automáticamente las condiciones incorporadas al contrato por remisión. De hecho, los tribunales han exigido la realización de un acto específico de incorporación y han sostenido que la mera presencia de dichas cláusulas o condiciones en un lugar fácilmente accesible (como por ejemplo, el sitio web de una de las partes) no era suficiente para incorporarlas válidamente a un contrato en el que ni siquiera se mencionaban[21]. Los tribunales no parecen haber excluido categóricamente la

---

[19] Landgericht Köln: "*Eine auf diesen Irrtum gestützte Anfechtung kommt gleichwohl nicht in Betracht, weil der Irrtum nach dem klägerischen Sachvortrag allenfalls bei der Einstellung der Preisangaben ins Internet, nicht aber zum massgeblichen Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung vorgelegen hat.*" (www.jurpc.de/rechtspr/20030138.htm). En el mismo sentido, véase Amtsgericht Westerburg (www.jurpc.de/rechtspr/20030184.htm).

[20] Como por ejemplo, el hecho de que en el caso visto en Frankfurt, el precio anunciado erróneamente representaba el 1% del valor normal del producto, si bien en el caso de Colonia, el tribunal consideró que el precio que, sin duda, era de alrededor del 50% inferior al precio normal de mercado, no "era extraordinario" (*keine Seltenheit*) en una compraventa celebrada por Internet.

[21] Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg. Caso Núm. 3 U 168/00, 13 de junio de 2002, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 288/2002 (disponible en www.jurpc.de/rechtspr/20020288.htm, visitado el 1º de septiembre de 2003).

posibilidad de incorporar ciertas condiciones al contrato por el mero hecho de haber pulsado un botón, que aparezca en la pantalla, en donde se lea "acepto"[22]. Con todo, los tribunales exigen a menudo una prueba inequívoca de que la parte que acepta dichas condiciones tuvo efectivamente la oportunidad de acceder a ellas y leerlas o de que dicha parte fue oportunamente alertada, mediante un aviso bien visible o por algún otro medio, de la existencia de dichas condiciones y de su pertinencia para la operación en cuestión[23].

16. En algunos ordenamientos jurídicos, los tribunales parecen establecer una distinción entre las condiciones contractuales definidas por una sola de las partes y las condiciones contractuales definidas por otra entidad comercial (un tercero) que ofrece la plataforma electrónica a las partes para entablar sus negociaciones. Esta cuestión ha surgido, por ejemplo, en relación con ciertas subastas por Internet en Alemania. En uno de los primeros casos, un tribunal de distrito en Alemania consideró que una persona que ofrecía mercancías mediante una plataforma de subasta por Internet no hacía una oferta vinculante sino que se limitaba a solicitar ofertas relativas a los bienes anunciados, exigiendo que dichas ofertas le fueran presentadas dentro del plazo señalado[24]. El hecho de que en las condiciones generales del empresario de la plataforma de subasta se calificara la oferta anunciada de bienes para la subasta como "vinculante e irrevocable" no se consideró determinante. La decisión fue ulteriormente revocada por el tribunal de apelación, que consideró que no era necesario que las partes mencionaran expresamente, o incorporaran de otro modo a sus comunicaciones, las condiciones generales del empresario de la plataforma de subasta, que indicaban claramente el carácter vinculante de toda oferta de bienes anunciada por medio de una subasta. Se debe considerar que las dos partes habían aceptado previamente las condiciones generales[25]. Otros tribunales han seguido esta interpretación[26], que ha sido también confirmada por el Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), que dictaminó que el vendedor podía haber evitado, si lo deseaba, dar la impresión de que quedaría vinculado por su oferta, introduciendo una declaración adecuada en sus mensajes

---

[22] Véase *Lawrence Groff v. America Online, Inc.*, Superior Court of Rhode Island, 27 de mayo de 1998, LEXIS 46 (R.I. Super., 1998) (disponible en http://legal.web.aol. com/decisions/ dlother/groff.html, visitado el 3 de septiembre de 2003); *Hotmail Corp. v. Van$ Money Pie*, United States District Court for the Northern District of California, 16 de abril de 1998, U.S. Dist. LEXIS 10729 (U.S. Dist., 1998); *Steven J. Caspi et al. v. The Microsoft Network, L.L.C., et al,* Superior Court of New Jersey, Appellate Division, 2 de julio de 1999 (New Jersey Superior Court Reports, vol. 323, pág. 118); and *I. Lan Systems, Inc. v. Netscout Service Level Corp.*, United States District Court, District of Massachusetts, 2 de enero de 2002 (Federal Supplement, 2nd series, vol. 183, pág. 328).

[23] Por ejemplo, *Specht v. Netscape Communications Corp.*, Federal Supplement, 2nd series, vol. 150, pág. 585, conformado en *Specht.v. Netscape Communications Corporation and America Online, Inc*., United States Court of Appeals for the Second Circuit, 1º de octubre de 2002, Federal Reporter, 3rd series, vol. 306, pág. 17.

[24] Landgericht Münster, Caso Núm. 4 O 424/99, 21 de enero de 2000, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 60/2000 (disponible en www.jurpc.de/rechtspr/20000060.htm, visitado el 1º de septiembre de 2003).

[25] Oberlandesgericht Hamm, Caso Núm. 2 U 58/00, 14 de diciembre de 2000, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 255/2000 (disponible en www.jurpc.de/rechtsprech/20000255.htm, visitado el 1º de septiembre de 2003).

[26] Amtsgericht Hannover, Caso Núm. 501 C 1510/01, 7 de septiembre de 2002, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 299/2002 (disponible en www.jurpc.de/rechtspr/20020299.htm, visitado el 1º de septiembre de 2003).

automáticos de respuesta. Ahora bien, toda remisión a las condiciones generales, que no fuera reconocible como tal por los destinatarios de la oferta, no sería invocable frente a ellos[27].

17. Otra cuestión relativa a la formación del contrato, por medio de un sistema de información automatizado, es la de la validez jurídica de las condiciones contractuales mostradas en una pantalla de vídeo, pero con las que una de las partes no contara necesariamente. La denominada "batalla de los formularios", directamente relacionada con dicha cuestión, puede, a su vez, plantear un serio problema en el contexto de las operaciones concertadas por vía electrónica, en particular cuando se utilizan sistemas totalmente automatizados y los medios para conciliar las cláusulas contractuales contradictorias son inexistentes.

18. El artículo 5 *bis* de la Ley Modelo no regula ninguna de estas cuestiones e incorpora únicamente una disposición general destinada a confirmar la validez jurídica de la información incorporada por remisión. Además, ni la Ley Modelo, ni la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa regulan, en modo alguno, el grave problema conocido bajo el nombre de "la batalla de los formularios"[28]. La magnitud del problema y las profundas diferencias, tanto teóricas como prácticas, en la manera de resolver dichas cuestiones en el derecho interno[29] parecen presagiar graves obstáculos para la armonización internacional.

2. Disponibilidad de las cláusulas contractuales

19. Salvo por lo que se refiere a los acuerdos puramente verbales, la mayoría de los contratos negociados por medios tradicionales dejarían alguna constancia documental tangible de la operación concertada que las partes podrían consultar en caso de duda o controversia. En la contratación electrónica dicho documento, que tal vez exista en forma de mensaje de datos, pudiera ser de índole provisional o pudiera estar disponible únicamente para la parte a través de cuyo sistema de información se celebró el contrato. Por ello, algunos regímenes legales recientes del comercio electrónico, como la Directiva de la UE, exigen que toda persona que ofrezca bienes o servicios por un sistema de información accesible al público facilite ciertos medios para archivar o imprimir las condiciones contractuales.

20. La razón de ser de dicha obligación parece residir en el interés de potenciar la certeza, la transparencia y la predecibilidad jurídica en las operaciones internacionales concertadas por vía electrónica. Así pues, tal vez sea razonable exigir que se facilite determinada información o que se ofrezcan medios técnicos con objeto de que toda parte pueda disponer de las condiciones contractuales en alguna forma que le permita guardarlas y reproducirlas, a falta de un acuerdo marco

---

[27] Bundesgerichtshof, Caso Núm. VIII ZR 13/01, 7 de noviembre de 2001, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 255/2001 (disponible en www.jurpc.de/rechtspr/20010255.htm, visitado el 1º de septiembre de 2003).

[28] La Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa ofrece una solución implícita a la cuestión del artículo 19 párr. 2). Se pueden encontrar reglas específicas sobre dicho punto en los Principios sobre los contratos comerciales internacionales (Unidroit, Roma, 1994).

[29] Se puede encontrar una reseña general de las diferencias entre el derecho americano y el europeo en James R. Maxeiner, "Standard terms contracting in the global electronic age: European alternatives", *Yale Journal of International Law,* vol. 28, Núm. 1 (*winter* 2003) págs. 109 a 182.

previo entre las partes, como un acuerdo de socio comercial o de otra índole, que estipule lo contrario.

21. No cabe hablar de ninguna obligación similar en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa o de la mayoría de los instrumentos internacionales que regulan los contratos mercantiles. El Grupo de Trabajo se ha visto confrontado a la cuestión de si, como cuestión de principio, debía imponer ciertas obligaciones especiales a las partes que negocien por vía electrónica que tal vez no tendrían si negociaban por alguna vía más tradicional. Se ha objetado contra la imposición de obligaciones de proporcionar información en un nuevo instrumento jurídico uniforme internacional el hecho de no haberse previsto las consecuencias del incumplimiento de dichas obligaciones por una de las partes (véase A/CN.9/WG.IV/WP.96, anexo, pág. 6).

22. Hasta la fecha, las opiniones en el seno del Grupo de Trabajo se dividen en dos grupos. Según una opinión, la regulación de la obligación de revelar ciertos datos debe dejarse a las normas o directrices internacionales que rijan cada actividad comercial o, en el ámbito nacional, al régimen reglamentario aplicable al suministro de servicios en línea, sin olvidarse de la normativa interna protectora del consumidor, pero dicha obligación no debe regularse en una convención internacional destinada a regular la contratación electrónica (A/CN.9/509, párr. 63). Según otro parecer, imponer a toda empresa la obligación de revelar ciertos datos básicos constituiría una práctica comercial recomendable y potenciaría la confianza en el comercio electrónico (A/CN.9/509, párr. 64).

23. La Directiva de la UE no prescribe qué consecuencias acarrearía el incumplimiento de sus disposiciones respecto de este asunto por "los servicios de la sociedad de la información". En defecto de sanciones uniformes, los Estados Miembros de la UE han establecido consecuencias muy distintas en sus derechos internos[30]. Por ejemplo, los derechos de Austria[31], España[32], Irlanda[33] e Italia[34] prevén que la omisión de facilitar las condiciones contractuales constituye una infracción administrativa susceptible de ser sancionada con el pago de una multa[35]. En el Reino Unido, la ley distingue entre la obligación de revelar ciertos datos y la de dar acceso a las condiciones contractuales. La primera de dichas obligaciones "será ejecutable, a instancia de cualquier destinatario de un servicio, que podrá demandar por daños al proveedor del servicio por su incumplimiento de toda

[30] Éste ha sido uno de los argumentos esgrimidos por la Cámara de Comercio Internacional en su crítica a la disposición correspondiente del anteproyecto de convención (A/CN.9/WG.IV/WP.101, pág. 6).

[31] *Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz – ECG) und Änderung des Signaturgesetzes sowie der Zivilprozessordnung* (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 2001, p. 1977), secc. 26, párr. 4.

[32] Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, artículos 38 y 39.

[33] Comunidades Europeas (Directiva 2000/31/EC) Reglamento 2003, regla 7 2).

[34] *Decreto legislativo* 9 de abril de 2003, Núm. 70, del art. 21, párr. 1.

[35] *Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz – ECG) und Änderung des Signaturgesetzes sowie der Zivilprozessordnung* (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 2001, pág. 1977), secc. 26, párr. 4.

obligación al respecto, impuesta por la ley"[36]. Respecto de la segunda obligación, el cliente "podrá solicitar ante el tribunal competente que dicte una resolución exigiendo del proveedor del servicio que cumpla dicha obligación"[37]. En Alemania, todo incumplimiento tendría como consecuencia una prórroga del plazo durante el cual el consumidor puede impugnar el contrato, que no comenzará a correr hasta que el comerciante haya cumplido con sus obligaciones[38]. En la mayoría de los casos, dichas sanciones se impondrán sin perjuicio de toda otra sanción que prevea la ley, como, por ejemplo, por incumplimiento de la normativa aplicable en materia de competencia comercial leal[39].

24. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se ha de incluir en el anteproyecto de convención alguna normativa uniforme sobre las consecuencias del incumplimiento de lo dispuesto en el proyecto de artículo 15 y, de ser así, qué tipo de consecuencias serían oportunas. Cabe argumentar que privar de validez a los contratos comerciales por incumplimiento de la obligación de revelar datos sería una medida sin precedentes en ningún texto de la CNUDMI, ya que otros textos, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, han evitado todo intento de regular la validez de los contratos. Mientras que establecer otro tipo de sanciones, como por ejemplo, por responsabilidad civil extracontractual o sanciones administrativas, tampoco parece corresponder al ámbito de la labor que ha realizado la CNUDMI hasta el momento. Otra cosa sería que el Grupo de Trabajo examinara la posibilidad de limitar el derecho de toda parte contractual a invocar o exigir el cumplimiento de cláusulas o condiciones contractuales que no hayan sido facilitadas a la otra parte, conforme a lo dispuesto en el proyecto de artículo 15.

---

[36] *Electronic Commerce* (*EC Directive*) *Regulations 2002* (*Statutory Instrument*) *2002 Núm. 2013*, *section 11(2), regulation* 13.

[37] Ibíd., regulation 14.

[38] Código Civil alemán *(Bürgerliches Gesetzbuch)*, primera frase del párrafo 1 del artículo 312e.

[39] Los tribunales alemanes han decidido, por ejemplo, que el hecho de que una empresa no revele su razón y domicilio sociales, a tenor de lo dispuesto en la Ley alemana sobre las compraventas efectuadas a distancia (*Fernabsatzgesetz*), que se basa, en gran parte, en una directiva de la Comisión Europea, representa un acto de competencia desleal frente al cual el competidor puede solicitar un interdicto (Oberlandesgericht Frankfurt, 17 de abril de 2001, Caso Núm. 6 W 37/01, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 135/2001 (www.jurpc.de/rechtspr/20010135.htm).

D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 42º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: Disposiciones para un proyecto de convención: Observaciones de la Cámara de Comercio Internacional

(A/CN.9/WG.IV/WP.105) [Original: inglés]

La Secretaría ha recibido observaciones sobre el examen por el Grupo de Trabajo de un posible nuevo instrumento internacional relativo a la contratación electrónica presentadas por un grupo especial establecido por la Cámara de Comercio Internacional. El texto de esas observaciones se reproduce en el anexo de la presente nota tal como se presentó a la Secretaría.

ANEXO

Las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico (*E-terms 2004*) y la labor de la CNUDMI

1. Introducción

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) agradece a la CNUDMI la invitación a presentar sus opiniones acerca de las propuestas actuales de la Comisión relativas a un marco jurídico para la contratación electrónica.

En el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo IV de la CNUDMI, que se celebró en Nueva York del 5 al 9 de mayo de 2003, la CCI comunicó a la CNUDMI que elaboraría un proyecto de instrumento jurídico de rango autonormativo a partir de una determinación de las prácticas y necesidades del mundo comercial en materia de contratación electrónica. Esa propuesta de la CCI puede verse en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.101.

En el presente documento se esboza la evolución del proyecto desde el período de sesiones de mayo de 2003. La CCI informará con más detalle al Grupo de Trabajo de la CNUDMI acerca de los progresos realizados, en su próximo período de sesiones, que tendrá lugar en Viena del 17 al 21 de noviembre de 2003.

2. Grupo Especial de la CCI encargado del tema de la contratación electrónica

A fin de realizar la labor adecuadamente, la CCI ha creado un grupo especial para que se ocupe de la contratación electrónica, cuya presidencia comparten:

→ el profesor **Charles Debattista** (Reino Unido), catedrático de derecho mercantil de la Universidad de Southampton y presidente del Grupo Especial de la CCI encargado de las cláusulas contractuales comerciales conocidas bajo el término de Incoterms

→ el señor **Christopher Kuner** (Bélgica), socio del bufete de abogados Hunton & Williams y presidente del Grupo Especial de la CCI sobre la labor de armonización internacional.

El Grupo Especial está compuesto por expertos de empresas de toda envergadura y de todos los sectores, provenientes de muchos países y representativos de todas las partes del mundo. Cabe citar, entre los países de origen, a Alemania, el Canadá, China, Francia, México, el Reino Unido, Siria, Suecia, Suiza y Venezuela.

El Grupo Especial se creó por iniciativa de dos comisiones de la CCI, a saber, la Comisión de

Derecho y Prácticas Mercantiles (CDPM) y la Comisión para el comercio electrónico, la tecnología de la información y las telecomunicaciones (CCETIT).

3. Las cláusulas contractuales *E-terms 2004* de la CCI para el comercio electrónico

El Grupo Especial de la CCI encargado del tema de la contratación electrónica ha comenzado a preparar un instrumento de la CCI denominado *E-terms 2004*, sobre cláusulas contractuales del comercio electrónico. Para fines de septiembre se habrá distribuido el proyecto entre los miembros de la CCI y los comités nacionales de más de 130 países. Se prevé que el texto se ultimará para su aprobación por la Junta Ejecutiva de la CCI en el primer semestre de 2004. Se hará una presentación más detallada del proyecto *E-terms 2004* ante el Grupo de Trabajo IV de la CNUDMI en su próximo período de sesiones, que tendrá lugar en Viena del 17 al 21 de noviembre de 2003.

Las cláusulas contractuales *E-terms 2004* de la CCI tratarán de dar soluciones prácticas a problemas bien definidos del comercio electrónico, teniendo para ello presentes las diversas necesidades de las empresas, ya sea grandes o pequeñas. La utilización de las cláusulas *E-terms 2004* será voluntaria, por lo que será compatible con la autonomía contractual de las partes. Su alcance se ha determinado a partir de un análisis minucioso de las prácticas y necesidades de empresas de diversos sectores y envergadura. *E-terms 2004* constará de una serie de cláusulas modelo complementadas por un documento de orientación.

Los medios informativos impresos han mostrado gran interés en las cláusulas *E-terms 2004* de la CCI, a las que han dedicado varios artículos, entre ellos, uno titulado "*Clearing up e-contracting issues*", que apareció el 21 de julio de 2003 en *Legal Times*, y otro titulado "*Industry Group Urges Self-Regulation of E-Contracts*", que ocupó la portada del *Washington Internet Daily* el 25 de agosto de 2003.

La CCI aguarda con interés la oportunidad de presentar sus *E-terms 2004* a los miembros del Grupo de Trabajo IV de la CNUDMI en noviembre de 2003 y de trabajar de consuno con la CNUDMI en el desarrollo de este tema, de vital importancia para el comercio internacional.

E. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 42º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: Disposiciones para un proyecto de convención: Observaciones de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

(A/CN.9/WG.IV/WP.106) [Original: inglés]

1. En cumplimiento de una solicitud formulada por el Grupo de Trabajo en su 41º período de sesiones (A/CN.9/528, párr. 58), la Secretaría ha consultado a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) preguntándole si, a su entender, el hecho de que en el anteproyecto de convención que examina el Grupo de Trabajo se hayan incluido los contratos de concesión de licencias de derechos de propiedad intelectual, a fin de que se reconozca expresamente la utilización de mensajes de datos en el contexto de dichos contratos, podría ir en contra de alguna norma establecida que ampare los derechos de propiedad intelectual

2. El 7 de octubre de 2003, la Secretaría recibió la respuesta que se transcribe a continuación de la Oficina de Planificación Estratégica y Desarrollo de Políticas de la Oficina Internacional de la OMPI.

> "La Oficina Internacional de la OMPI agradece a la secretaría de la CNUDMI que le haya brindado la oportunidad de examinar el anteproyecto de convención sobre contratación electrónica. Los expertos en cuestiones jurídicas de la Oficina Internacional han analizado el anteproyecto y estiman que no es necesario incorporar a dicho texto una cláusula de exclusión respecto de los contratos que traten de derechos de propiedad intelectual. Por el momento, la Oficina Internacional de la OMPI no tiene ninguna otra observación que hacer sobre el anteproyecto actual. No obstante, agradeceríamos a la secretaría de la CNUDMI que nos enviara todos los documentos pertinentes y el informe correspondiente al instrumento internacional, de modo que la Oficina Internacional pudiera hacerle llegar sus eventuales observaciones sobre futuras revisiones del anteproyecto."

F. Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor realizada en su 43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004) (A/CN.9/548) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
I.	Introducción	1-3
II.	Organización del período de sesiones	4-11
III.	Resumen de las deliberaciones y decisiones	12-13
IV.	Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención	14-124
	Artículo 14 [16]. Error en las comunicaciones electrónicas	14-26
	Artículo X. Declaraciones sobre exclusiones	27-37
	Artículo Y. Declaraciones intercambiadas en virtud de otras convenciones	38-70
	Artículo 1. Ámbito de aplicación	71-97
	Artículo 2. Exclusiones	98-111
	Artículo 3. Materias que no se rigen por la presente Convención	112-118
	Artículo 4. Autonomía de las partes	119-124

I. Introducción

1. En su 34º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 13 de julio de 2001), la Comisión hizo suya una serie de recomendaciones que había formulado el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 38º período de sesiones (Nueva York, 12 a 23 de marzo de 2001) acerca de su propia labor futura. Entre esas recomendaciones figuraban la preparación de un instrumento internacional sobre ciertas cuestiones referentes a la contratación electrónica y un estudio amplio sobre los posibles obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico presentes en los instrumentos internacionales.

2. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre dichas cuestiones se iniciaron en su 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002), oportunidad en la que el citado Grupo examinó una nota de la Secretaría, en la que figuraba un anteproyecto denominado provisionalmente "Anteproyecto de convención sobre contratos [internacionales] celebrados o probados por mensajes de datos" (A/CN.9/WG.IV/WP.95, Anexo I). Las deliberaciones del Grupo de Trabajo se recogen en el informe acerca de la labor realizada durante el 39º período de sesiones (A/CN.9/509). El Grupo de Trabajo reanudó el examen del anteproyecto de

convención en su 40º período de sesiones, celebrado en Viena del 14 al 18 de octubre de 2002, lo que le permitió concluir su análisis inicial del texto (véase A/CN.9/527, párrs. 72 a 126). El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del anteproyecto de convención para que el Grupo de Trabajo la examinara en su 41º período de sesiones. El Grupo de Trabajo examinó la versión revisada del anteproyecto de convención (A/CN.9/WG.IV/WP.100) en su 41º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 5 al 9 de mayo de 2003, ocasión en que trató los artículos 1 a 11 (A/CN.9/528, párrs. 26 a 151). Se pidió a la Secretaría que preparase otra versión revisada del anteproyecto para su examen en el 42º período de sesiones.

3. En el informe sobre el 42° período de sesiones del Grupo de Trabajo, celebrado en Viena del 17 a 21 de noviembre de 2003 (A/CN.9/546, párrs. 1 a 24) figura un resumen más detallado de sus deliberaciones en esos períodos de sesiones. En su 42° período de sesiones el Grupo de Trabajo examinó la nueva versión revisada del anteproyecto de convención (A/CN.9/WG.IV/WP.103, anexo). El Grupo de Trabajo revisó los artículos 8 a 15 y pidió que se introdujeran en ellos una serie de cambios (A/CN.9/546, párrs. 39 a 135).

II. Organización del período de sesiones

4. El Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 43º período de sesiones en Nueva York del 15 al 19 de marzo de 2004. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Honduras, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Marruecos, México, Singapur, Sudán, Suecia y Uganda.

5. Asistieron al período de sesiones observadores de los Estados siguientes: Arabia Saudita, Belarús, Bélgica, Botswana, Cuba, Dinamarca, Filipinas, Finlandia, Ghana, Indonesia, Irak, Irlanda, Jamahiriya Árabe Libia, Kuwait, Lesotho, Madagascar, Mongolia, Nueva Zelandia, Perú, Polonia, Qatar, República Árabe Siria, República Checa, República de Corea, República Unida de Tanzanía, Senegal, Serbia y Montenegro, Tailandia, Turquía, Venezuela y Viet Nam.

6. Asistió también al período de sesiones la Santa Sede como Estado no miembro que mantiene una misión observadora en la Sede de las Naciones Unidas.

7. Asistieron además al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Banco Mundial, Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI); Asamblea Interparlamentaria de los Estados Miembros de la CEI, Comisión Europea, Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana y Secretaría del Commonwealth.

8. La Comisión invitó a las siguientes organizaciones no gubernamentales: *American Bar Association* (ABA), Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, *Association of the Bar of the City of New York*, Cámara de Comercio Internacional (CCI), Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Instituto de Derecho Internacional, Unión Internacional de Abogados (UIA) y Unión Internacional del Notariado Latino (UINL).

9. El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes autoridades:

Presidente: Sr. Jeffrey CHAN Wah Teck (Singapur)

Relatora: Sra. Ligia Claudia GONZÁLEZ LOZANO (México)

10. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición una nueva versión revisada del anteproyecto de convención, que recoge las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 42° período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.108).

11. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Resumen de las deliberaciones y decisiones

12. El Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones sobre la nueva versión revisada del anteproyecto de convención que figura en el anexo I de la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.108). Las decisiones y deliberaciones del Grupo de Trabajo respecto del proyecto de convención se recogen en el capítulo IV. Se pidió a la Secretaría que preparase una versión revisada del anteproyecto de convención, basada en esas deliberaciones y decisiones para que la examinase el Grupo de Trabajo en su 44° período de sesiones, que se prevé en principio celebrar en Viena del 18 al 22 de octubre de 2004.

13. El Grupo de Trabajo realizó un debate general sobre los proyectos de artículo 5 a 7 bis. Tales proyectos fueron comentados para anticipar puntos de vista sin efectos sobre el proyecto de texto que se examinará oficialmente en el próximo período de sesiones. El Grupo de Trabajo convino en que debería esforzarse por finalizar su labor relativa al proyecto de convención para que la Comisión pudiera revisarlo y aprobarlo en 2005.

IV. Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención

Artículo 14 [16]. Error en las comunicaciones electrónicas

14. El texto del artículo era:

"Variante A

[Salvo acuerdo [expreso] en contrario de las partes,] el contrato celebrado por una persona que acceda al sistema de información automatizado de otra persona no surtirá efecto alguno ni será ejecutorio si el iniciador cometió un error en su mensaje de datos y si:

a) El sistema de información automatizado no brindó oportunidad alguna al iniciador para prevenir o rectificar su error;

b) El iniciador notifica su error a la otra parte, tan pronto como sea posible tras percatarse de su error, y hace saber que ha cometido un error en el mensaje de datos;

[c) El iniciador toma toda medida razonable, así como toda medida que responda a las instrucciones de la otra parte de devolver los bienes o servicios recibidos, de haber alguno, como consecuencia del error o, si se le ordena hacerlo, de destruir dichos bienes o servicios; y si

[d) El iniciador ni ha utilizado los bienes o servicios de la otra parte, de haber recibido alguno, ni ha sacado de ellos ventaja o provecho material alguno.]

Variante B

1. [Salvo acuerdo [expreso] en contrario de las partes,] el contrato celebrado por una persona que acceda al sistema de información automatizado de otra persona no surtirá efecto jurídico alguno ni será ejecutorio si el iniciador cometió un error en su mensaje de datos y si el sistema de información automatizado no le brindó oportunidad alguna de prevenir o rectificar su error. La persona que invoque un error, deberá notificarlo a la otra parte lo antes posible, haciendo saber que ha cometido un error en su mensaje de datos.

[2. Para poder invocar un error con arreglo al párrafo 1, toda persona deberá:

a) Haber tomado medidas razonables, y haber seguido las instrucciones de la otra parte, para devolver los bienes o servicios recibidos, de haber recibido alguno, como consecuencia del error o, si se le ordena hacerlo, destruir dichos bienes o servicios; o

b) No haber utilizado los bienes o servicios recibidos de la otra parte, de haber recibido alguno, ni haber sacado de ellos ventaja o provecho material alguno.]"

١٥. Un parecer muy difundido y firmemente respaldado fue el de que se suprimiera este proyecto de artículo en el que se regulaban cuestiones del derecho sustantivo aplicable a los contratos que no deberían ser objeto del régimen de la

convención. Se dijo que los errores que podían cometerse al acceder una persona a un sistema de información automatizado no diferían esencialmente de los errores cometidos al emplear algún otro medio más tradicional de comunicación, por lo que no era necesario ni tampoco aconsejable enunciar regla alguna especial al respecto. Los problemas que pudieran darse en un entorno electrónico no debían ser resueltos por el régimen de una convención, sino que deberían remitirse a la norma de derecho interno que fuera aplicable. Se expresó asimismo inquietud respecto del posible impacto del proyecto de artículo sobre la normativa actualmente aplicable en materia de errores. Si bien la versión inicial del proyecto de artículo (A/CN.9/WG.IV/WP.95, anexo I) se ocupaba únicamente del imperativo de que se dispusiera de algún medio para rectificar todo error introducido en algún mensaje intercambiado con algún sistema de información automatizado, la versión actual privaba, en caso contrario, al contrato de toda validez, lo que tal vez no fuera lo previsto en el derecho interno.

16. Se adujo también contra la retención del proyecto de artículo que la disposición enunciada en su texto pudiera interferir con el funcionamiento de ciertos sistemas financieros, bolsas de valores o mercados de productos básicos, si se permitía que una de las partes, en una operación allí negociada, retirara su oferta o su aceptación alegando que dicho acto era el resultado de un error. El imperativo de la certidumbre jurídica, en mercados sumamente sensibles al horario en que se ejecutaba la operación, hacía necesario que las partes quedaran obligadas por sus actos aun cuando hubieran actuado sin la intención expresada. Se dijo que el régimen del proyecto de artículo se adecuaba mejor a la protección debida al consumidor que a los requisitos prácticos propios de las operaciones comerciales. Además, el proyecto de artículo, al centrar la atención sobre los sistemas de información automatizados, se apartaba de la regla de neutralidad en asuntos de tecnología, que se había enunciado como uno de los principios básicos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[1]. Lo único necesario era una regla que reconociera explícitamente la validez del empleo de dichos sistemas para la formación del contrato, sin que hiciera falta regla alguna de derecho sustantivo para regular las consecuencias de un error cometido en el curso de una operación automatizada.

17. En sentido contrario, se expresó el parecer, también ampliamente difundido y firmemente respaldado, de que el proyecto de artículo enunciaba disposiciones que serían útiles para resolver determinados problemas que surgían en el comercio electrónico. Esta disposición era necesaria a la luz del riesgo relativamente más elevado de error humano, como el de pulsar una tecla indebida, en operaciones concertadas a través de un sistema de información automatizado, en vez de por conducto de alguna modalidad más tradicional de negociación. Por ejemplo, si bien era improbable que una persona entregara por error un documento en una oficina postal, en la práctica cabía señalar precedentes de personas que habían declarado no haber tenido la intención de confirmar un contrato al pulsar la tecla "Intro" ("*Enter*") en un teclado de computadora o al pulsar en un icono "Acepto" ("*I agree*") en una pantalla de computadora. Por ello, el proyecto de artículo considerado no ha intentado, en modo alguno, enunciar una regla neutra respecto del medio utilizado, sino que, por el contrario, ha intentado resolver una cuestión que afecta, en particular, a ciertas formas de comunicación por vía electrónica. Ahora

[1] Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.99.V.4.

bien, al hacerlo, el proyecto de artículo no trata, en modo alguno, de modificar el derecho interno aplicable en materia de errores, sino que trata únicamente de ofrecer una regla adicional por la que se insiste en la importancia de facilitar al usuario algún medio para rectificar errores.

18. Se observó que el régimen jurídico de los contratos en algunos países confirmaba la necesidad del actual proyecto de artículo. Cabía citar, por ejemplo, ciertas reglas que exigían que la parte que invocara el error demostrara que la otra parte supo o debió haber sabido que se había cometido un error. Si bien existen medios para probar dicho extremo en una relación directa entre dos personas, la conciencia de que hubo error puede ser prácticamente imposible de demostrar cuando en el extremo de una relación se encuentra, en vez de una persona, un sistema automatizado.

19. Ahora bien, la mayoría de los que expresaron su apoyo a los principios en los que se inspiraba el proyecto de artículo, insistieron también en la necesidad de que se reformulara su texto definiendo con mayor precisión sus reglas dispositivas y el ámbito de su aplicación. Se sugirió circunscribir el alcance de las reglas enunciadas a la interacción entre personas y sistemas de información automatizados que no dieran la oportunidad a la persona que los utilizaba de reconsiderar sus acciones y de rectificar sus errores. En vez de exigir, en general, que se ofrezca al usuario la posibilidad de rectificar sus errores, la regla enunciada debe limitarse a señalar las consecuencias de que no se haya ofrecido al usuario dicha posibilidad. Se sugirió, además, que las consecuencias de dicha ausencia de una vía de rectificación, deberían referirse únicamente a la necesidad de anular los efectos del error cometido en el mensaje de datos, sin anular automáticamente la validez del contrato.

20. Se sugirió que el artículo dispusiera, por ejemplo, que en una operación concertada entre una persona y un sistema de información automatizado, la persona que cometiera un error al negociar con un sistema de información automatizado de otra persona, pudiera anular el efecto de alguna acción suya no intencionada en todo supuesto en el que el sistema informatizado de la otra persona no le hubiera ofrecido la oportunidad de rectificar su error. Cabría supeditar dicha regla a las condiciones enunciadas en los apartados b) a d) de la variante A del proyecto de artículo y cabría complementarla con una regla por la que se dispusiera que, en el supuesto de no cumplirse con las condiciones enunciadas en el proyecto de artículo, las consecuencias del error vendrían determinadas por toda otra norma aplicable, particularmente, por la normativa de derecho interno en materia de errores y por lo estipulado entre las partes.

21. Las propuestas de que se reformulara el proyecto de artículo con miras a circunscribir su ámbito de aplicación, así como a limitar su alcance respecto de las consecuencias del error eventual, fueron bien acogidas por el Grupo de Trabajo. No obstante, varios oradores insistieron en el parecer de que mejor sería suprimir el proyecto de artículo, sin intentar reformularlo.

22. Se cuestionó la procedencia de centrar la regla actualmente enunciada en los actos de una persona y en el derecho de esa persona a rectificar todo error que haya cometido en sus comunicaciones con un sistema de información automatizado. Se cuestionó en particular la conveniencia de limitar el alcance de la nueva norma a los errores cometidos por personas, ya que podrían ocurrir errores en las comunicaciones iniciadas por el propio sistema de información automatizado. Se

dijo, además, que resultaba problemático introducir dicha noción de "persona física" o individual, dado que todo contrato negociado a través de un sistema de información automatizado sería, en última instancia, atribuible a una persona jurídica o social para la que actuara, como representante, la persona física o individual que cometió el error. Por ello, toda nueva versión del texto del artículo debería poner en claro que el derecho a rectificar el error cometido no era un derecho de la persona física o individual que lo cometió sino de la parte contractual o persona jurídica o social en cuyo nombre dicha persona hubiera actuado. Por último, de retenerse el proyecto de artículo, el Grupo de Trabajo debería considerar la conveniencia de que la disposición versara igualmente sobre los mensajes electrónicos enviados por error, dado que no existía razón alguna para limitar su alcance a las solas comunicaciones entabladas por personas con un sistema automatizado.

23. Se criticó asimismo que la nueva versión propuesta del proyecto de artículo retuviera ciertas reglas que eran contrarias al régimen aplicable al error en algunos ordenamientos. Ese sería, en particular, el caso de los apartados c) y d) de la variante A, dado que el régimen aplicable al error en algunos ordenamientos no supeditaba el derecho de una persona a anular el contrato viciado por un error a las condiciones enunciadas en dichas disposiciones. Por ello, caso de retenerse el proyecto de artículo, su texto debería enunciar claramente que se refería únicamente a los actos no intencionados del autor, pero no a otros tipos de errores que pudieran ocurrir, por ejemplo el de que la persona expedidora del mensaje no fuera, en dicho momento, consciente.

24. Se dijo además que la noción introducida, de privar de validez a las consecuencias de un acto, tal vez podría no comprenderse de la misma manera en diversos ordenamientos. Por ejemplo, en algunos esa noción sería inevitablemente interpretada como referida a la propia validez del acto, y suscitaría la cuestión de si dicho acto era nulo de pleno derecho o simplemente anulable a instancia de la parte interesada. Una solución alternativa sería la de centrar la regla enunciada en la facultad reconocida al destinatario de un mensaje de datos transmitido por error o formulado con algún error para fiarse de dicho mensaje, o simplemente enunciar que todo mensaje que entrañe un error no será invocable frente a la persona que cometió el error, si no se ha dado a dicha persona la oportunidad de reconsiderar el mensaje y de rectificar su error. Se respondió a dicha propuesta que convendría examinar cuidadosamente el cambio sugerido a la luz, por ejemplo, de los apartados c) y d) de la variante A, que denotaban la posibilidad de que en algunos casos se hubieran ya entregado mercancías o prestado servicios, por haberse fiado una parte del error cometido. La parte que hubiera recibido el mensaje debería poderse fiar de su contenido, pese al error cometido, hasta el momento en que recibiera una notificación del error.

25. Como alternativa se sugirió que se reformulara el texto del artículo en términos de una presunción según la cual, salvo prueba en contrario, toda declaración de que una persona había actuado por error, al comunicarse con un sistema automatizado, sería tenida por verdadera si el sistema de información automatizado no ofrecía al usuario algún método que permitiera rectificar su error. Dicha presunción remitiría al derecho interno la tarea de determinar las consecuencias del error alegado sobre el contrato celebrado y los remedios de que dispondrían las partes a dicho respecto. Con esa misma intención de evitar toda

interferencia con el régimen aplicable al error en el derecho interno, se propuso asimismo que el proyecto de artículo perfilara mejor la distinción entre los efectos del error y el derecho reconocible a una de las partes para retirar o rectificar su declaración errónea. De formularse la regla en términos de anular o declarar anulable un acto o en términos que determinaran las consecuencias del error cometido, se estaría invadiendo la esfera del derecho interno aplicable en lo relativo al error cometido. En vez de ello, el proyecto de artículo debería enunciar el derecho -incondicionado o supeditado a ciertas condiciones- de que gozaba toda persona, o la parte en cuyo nombre dicha persona hubiera actuado, para retirar, en supuestos excepcionales, la declaración erróneamente emitida.

26. El Grupo de Trabajo consideró en detalle los diversos pareceres expresados y los distintos enfoques sugeridos para el proyecto de artículo. Prevaleció el parecer, en el Grupo de Trabajo, de que, pese a la firmeza con la que se había sugerido la supresión del artículo, su texto merecía ser retenido y reformulado para su ulterior examen. Se pidió a la Secretaría que reformulara el proyecto de artículo, alejando la atención del texto de los efectos del mensaje de datos o de la nulidad eventual del contrato para centrarlo en la necesidad de ofrecer a la persona que cometiera un error la oportunidad de rectificarlo o de retirar su declaración de intención errónea, supeditando posiblemente dicha regla a alguna otra condición basada en las ya enunciadas en los apartados b), c) y d) de la variante A. Cabría también introducir algún texto adicional que dispusiera que el régimen general del derecho interno, que fuera aplicable al error cometido, no se vería, por lo demás, en modo alguno afectado por las nuevas reglas enunciadas.

[Artículo X. Declaraciones sobre exclusiones]

27. El texto del proyecto de artículo era:

> "1. Todo Estado podrá declarar en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no quedará obligado por lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 de la presente Convención.
>
> 2. Todo Estado podrá declarar en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no aplicará la presente Convención a ninguna de las cuestiones que especifique en su declaración.
>
> 3. Toda declaración formulada de conformidad con los párrafos 1 y 2 del presente artículo surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de [seis] meses contado a partir de la fecha de su recepción por el depositario.]"

Párrafo 1

28. Se recordó que en su 41º período de sesiones el Grupo de Trabajo había convenido en examinar, en una etapa ulterior, una disposición por la que se permitiera que todo Estado contratante pudiera excluir la aplicación del apartado b) del párrafo 1 del artículo 1, conforme a lo igualmente previsto en el artículo 95 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercancías[2] (en adelante llamada la "Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa") (véase A/CN.9/528, párr. 42). El Grupo de Trabajo observó que no había concluido sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo 2 relativo a la posibilidad de excluir ciertas materias del régimen de la convención (A/CN.9/527, párrs. 83 a 98). Se observó además que, en su formulación actual, el párrafo 1 partía del supuesto de que se adoptaría, en última instancia, la variante A del párrafo 1 del proyecto de artículo 1.

29. Se señaló que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa contenía una disposición por la que se ampliaba su propio ámbito de aplicación en todo supuesto en el que las reglas de derecho internacional privado declararan aplicable el derecho interno de un Estado contratante (inciso b) del apartado 1) del artículo 1) y que permitía asimismo que todo Estado declarara, al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que no quedaría obligado por lo dispuesto en dicho apartado (artículo 95), por lo que procedía que figurara igualmente en el proyecto de convención una disposición equivalente.

30. A la luz de ello, el Grupo de Trabajo convino en retener el párrafo 1 y en suprimir los corchetes que figuraban en su texto.

Párrafo 2

31. En respuesta a una pregunta, se observó que el párrafo 2 difería del párrafo 1 en que este último tenía por objeto excluir totalmente la aplicación del régimen de la convención en supuestos en los que las reglas de derecho internacional privado lo declararan, por lo demás, aplicable, mientras que el párrafo 2 tenía por objeto excluir determinados asuntos como, por ejemplo, los asuntos relacionados con el otorgamiento de poderes de procuración o concernientes a asuntos del derecho de familia.

32. Se dijo que, dada la existencia del proyecto de artículo 2, deberían restringirse los supuestos en los que se otorgaba a un Estado la posibilidad de excluir otros asuntos del régimen del proyecto de convención. Se respondió a dicha observación que se había añadido el proyecto de artículo X, a título de alternativa, para el supuesto de que no se llegara a un consenso sobre las exclusiones declarables, en el marco del proyecto de artículo 2, respecto del régimen de la convención. Se dijo, además, que mientras que el proyecto de artículo 2 se ocupaba de la exclusión de determinados tipos de arreglos contractuales, podrían surgir otras cuestiones que un Estado pudiera desear excluir del régimen de la convención. Se dijo que el párrafo 2 del proyecto de artículo X ofrecía a un Estado la posibilidad de excluir dichas cuestiones por lo que, con independencia de la suerte que corriera el proyecto de artículo 2, cabía decir que dicho párrafo enunciaba una disposición de importancia

[2] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, Núm. 25567.

crítica para que ciertos Estados pudieran ratificar y valerse eventualmente del régimen de la convención.

33. Se expresó apoyo a favor del proyecto de párrafo 2 del artículo X en su formulación actual, aunque se sugirió que convendría reformular dicho párrafo para que su texto tuviera en cuenta la posibilidad de que un Estado cambiara de parecer respecto de los asuntos que debían excluirse del régimen de la Convención, a la luz de cómo evolucionara la tecnología utilizada al servicio de las comunicaciones de alcance jurídico. Por dicho motivo, cabía prever que un Estado estimara oportuno hacer una declaración al respecto, tras haber ya efectuado el depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Para dar entrada a esa consideración, se sugirió que se insertara en el texto de dicho párrafo las palabras "en cualquier momento".

34. El Grupo de Trabajo convino en retener el texto del párrafo 2 insertando las palabras "en cualquier momento" en lugar de "en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión". Se reconoció, no obstante, que no cabía evaluar el párrafo 2 del proyecto de artículo X fuera de contexto, por lo que tal vez fuera preciso reconsiderarlo a la luz de la decisión definitiva que se adoptara respecto del artículo 2.

Párrafo 3

35. Se preguntó si el momento en el que una declaración surtiera efecto debía coincidir con la fecha de entrada en vigor del régimen de la convención para el Estado que efectuara la declaración. Se observó que, si bien había precedentes en algunos instrumentos internacionales de que toda declaración efectuada surtiera efecto al entrar en vigor el instrumento en el territorio del Estado declarante, existían otros precedentes en los que la fecha de efectividad de la declaración no coincidía con la de la entrada en vigor del correspondiente instrumento.

36. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el artículo 97 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa disponía que "toda declaración surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado de que se trate. No obstante, toda declaración de la que el depositario reciba notificación formal después de tal entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que haya sido recibida por el depositario". Una disposición similar figuraba en el párrafo 3 del artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente[3]. Se convino en que se incluyera una disposición similar en el proyecto de párrafo.

37. A reserva de dichas enmiendas, el Grupo de Trabajo convino en retener el texto del párrafo 3.

[3] Resolución 50/48 de la Asamblea General, anexo.

Artículo Y. Declaraciones intercambiadas en virtud de otras convenciones

38. El texto del proyecto de artículo era:

"Variante A

1. De no haberse declarado otra cosa en una declaración hecha de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo, todo Estado Parte en la presente Convención [podrá declarar en cualquier momento que] se compromete a aplicar lo dispuesto en el [artículo 7 y en el] capítulo III de la presente Convención al intercambio [por medio de mensajes de datos] de cualesquiera comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud [, así como de una oferta y su aceptación,] que una de las partes deba o decida hacer en relación con cualquiera de los siguientes acuerdos o convenciones internacionales de los que el Estado sea o pueda llegar a ser Estado Contratante o en virtud de ellos:

La Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías[4] (Nueva York, 14 de junio de 1974) y su Protocolo (Viena, 11 de abril de 1980)[5]

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[2] (Viena, 11 de abril de 1980)

El Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional[6] (Viena, 19 de abril de 1991)

La Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente[3] (Nueva York, 11 de diciembre de 1995)

La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[7] (Nueva York, 12 de diciembre de 2001).

[2. Todo Estado podrá declarar en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que también aplicará la presente Convención al intercambio mediante mensajes de datos de cualesquiera comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud que estuviera prevista en el marco de todo otro acuerdo o convención internacional sobre cuestiones de derecho mercantil privado en el que el Estado sea Parte Contratante y que el Estado señale en su declaración.]

3. Todo Estado podrá declarar en cualquier momento que no aplicará la presente Convención [o alguna disposición específica de la presente

---

[2] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, Núm. 25567.
[3] Resolución 50/48 de la Asamblea General, anexo.
[4] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1511, Núm. 26119.
[5] Ibíd., Núm. 26121.
[6] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional, Viena, 2 a 19 de abril de 1991* (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.93.XI.3), parte I, documento A/CONF.152/13, anexo.
[7] Resolución 56/81 de la Asamblea General, anexo.

Convención] a los contratos internacionales que entren en el ámbito de aplicación de [cualquiera de los instrumentos mencionados.] [uno o más acuerdos, tratados o convenciones internacionales en los que el Estado sea Parte Contratante y que el Estado haya señalado en su declaración].

4. Toda declaración formulada de conformidad con los párrafos 1 y 2 del presente artículo surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de [seis] meses contado a partir de la fecha de su recepción por el depositario.

Variante B

1. Todo Estado podrá formular en cualquier momento una reserva a los efectos de que únicamente aplicará la presente Convención [o alguna disposición específica de la presente Convención] a los mensajes de datos en relación con un contrato existente o previsto al que, conforme a la legislación de ese Estado, deba aplicarse un determinado instrumento internacional que ese Estado haya especificado con precisión en su reserva.

2. Toda declaración formulada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de [seis] meses contado a partir de la fecha de su recepción por el depositario.

Variante C

1. Todo Estado podrá declarar en cualquier momento que no aplicará la presente Convención [o alguna disposición específica de la presente Convención] a los mensajes de datos en relación con un contrato existente o previsto al que deban aplicarse uno o más de los instrumentos internacionales enumerados en el párrafo 1 del artículo 1, siempre y cuando ese Estado haya especificado con precisión tales instrumentos en su declaración.

2. Toda declaración formulada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de [seis] meses contado a partir de la fecha de su recepción por el depositario."

Observaciones generales

39. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de artículo tenía la finalidad de ofrecer una posible solución común de algunos de los obstáculos jurídicos que imponen al comercio electrónico los instrumentos internacionales especificados en un estudio, que figura en una nota anterior de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.94). En el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo se había convenido en general perseguir ese objetivo cuando los problemas planteados fueran comunes, y éste era el caso, al menos, en la mayoría de las cuestiones suscitadas por los instrumentos enumerados en la variante A (A/CN.9/527, párrs. 33 a 48).

40. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la variante A tenía por objeto disipar toda duda sobre la relación entre las reglas enunciadas en el proyecto de convención y las reglas previstas en otros convenios o convenciones internacionales. Con el texto de esa variante no se pretendía alterar la aplicación de otros instrumentos internacionales ni afectar de ningún otro modo la forma en que se aplicaran. En la

práctica, en virtud del proyecto de artículo los Estados contratantes se comprometerían a aplicar las disposiciones del proyecto de convención para eliminar los obstáculos jurídicos que pudieran imponer al comercio electrónico esos convenios y convenciones y para facilitar la aplicación del proyecto de convención cuando las partes realizaran operaciones por medios electrónicos.

41. El Grupo de Trabajo observó que la variante B se había incluido en el proyecto de artículo a raíz de una propuesta presentada al Grupo en su 42º período de sesiones (véase A/CN.9/WG.IV/XLII/CRP.2). Esa variante guardaba una relación lógica con la variante A del proyecto de artículo 1. De optarse por esa variante, en la práctica se limitaría la aplicación del proyecto de convención exclusivamente a los mensajes que se intercambiaran con arreglo a los convenios o convenciones que las Partes contratantes mencionaran expresamente. La variante C, que también se había presentado inicialmente junto con la variante B, se había incorporado al proyecto de artículo para el supuesto en que el Grupo de Trabajo decidiera optar por la variante B del proyecto de artículo 1 con miras a dar a los Estados contratantes la posibilidad de excluir la aplicación del proyecto de convención a tratados concretos. Se señaló que, en caso de adoptarse la variante B o la variante C, el proyecto de artículo Y debería titularse "Reservas".

Relación entre los proyectos de artículo Y y 1

42. El Grupo de Trabajo realizó un largo debate sobre la relación entre el proyecto de artículo Y y la definición del ámbito de aplicación del proyecto de convención, que se enunciaba en el proyecto de artículo 1.

43. Se expresó la opinión de que no estaba clara la relación entre los dos proyectos de artículo y se abogó por la supresión del proyecto de artículo Y. Se argumentó que, en muchos ordenamientos jurídicos, el proyecto de convención podría resultar aplicable a la utilización de mensajes de datos en el contexto de contratos regidos por un instrumento internacional, incluidos los convenios y convenciones enumerados en el proyecto de artículo Y, simplemente en virtud del proyecto de artículo 1 y sin necesidad de remitirse expresamente, en el proyecto de artículo Y, al tratado que rigiera dicho contrato. Además, el proyecto de artículo Y, al enumerar una lista de convenios y convenciones, parecía dar a entender que el proyecto de convención no sería aplicable a los mensajes de datos intercambiados en relación con contratos regidos por todo otro instrumento internacional no especificado en el proyecto de párrafo 1 de la variante A. Sería preferible limitarse a ofrecer a los Estados contratantes la posibilidad de excluir expresamente las cuestiones que no quisieran que entraran en el ámbito de aplicación del proyecto de convención.

44. Se respondió a este argumento que, en su enunciado actual, los proyectos de artículo 1 e Y hacían una distinción entre tres grupos de contratos internacionales. El primer grupo, en el que probablemente entraba la enorme mayoría de los contratos internacionales que no fueran contratos de compraventa regidos por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, comprendía los contratos internacionales que en la actualidad no estaban regulados por ninguna convención de derecho uniforme. El segundo grupo abarcaba los contratos que entraban en el ámbito de las convenciones internacionales existentes que no fueran las enumeradas en el artículo Y o las que mencionara expresamente un Estado contratante en una declaración hecha en virtud del proyecto de párrafo 2. En el tercer grupo entraban los contratos regidos por alguna de las convenciones

enumeradas en el párrafo 1, o que se mencionaran en una declaración hecha en virtud del párrafo 2 del proyecto de artículo Y. Se sostuvo que el primer grupo de contratos entraba en el ámbito de aplicación del proyecto de convención si dichos contratos cumplían los requisitos enunciados en el proyecto de artículo 1. El tercer grupo de contratos también se beneficiaría de las disposiciones del proyecto de convención conforme a los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo Y. En cambio, los mensajes de datos intercambiados en el contexto de los contratos del segundo grupo no entrarían en el ámbito del proyecto de convención.

45. Según se señaló también, ese resultado se desprendía de anteriores deliberaciones del Grupo de Trabajo, en particular del reconocimiento, en relación con un estudio realizado por la Secretaría sobre los posibles obstáculos jurídicos que podían imponer al comercio electrónico determinados instrumentos internacionales (A/CN.9/WG.IV/WP.94), de que podría haber que regular con disposiciones concretas los problemas que pudieran plantear ciertos instrumentos existentes, y de que tal vez no resultara apropiado abordar estos problemas en el contexto del proyecto de convención (A/CN.9/527, párr. 29; véanse también los párrafos 24 a 71). Los ejemplos más característicos eran los de los convenios internacionales relativos a los títulos negociables o a los documentos de transporte.

46. Si bien el Grupo de Trabajo reconoció que cabía interpretar también de otras maneras la relación entre los proyectos de artículo 1 e Y, las delegaciones en general aceptaron que estos proyectos de artículo, en su enunciado actual, parecían basarse en la distinción entre esos tres tipos de contratos. El Grupo de Trabajo convino en que era importante no suscitar reservas por estimarse que los proyectos de artículo 1 e Y estaban en contradicción, y acordó que, al examinar el proyecto de artículo 1, debería estudiar posibles enmiendas para aclarar la relación entre las dos disposiciones.

Elección entre las tres variantes

47. Una delegación estimó que la variante B era preferible a la variante A, pues daba a los Estados contratantes la libertad de elegir, en su momento, las situaciones regidas por instrumentos internacionales a las que deberían aplicarse las disposiciones del proyecto de convención. En cambio, la variante A preveía la aplicación automática de las disposiciones del proyecto de convención a los mensajes de datos intercambiados en el contexto de contratos regidos por los convenios y convenciones enunciados en su párrafo 1, dando además a los Estados la posibilidad de declarar el proyecto de convención aplicable o no aplicable, en virtud de los párrafos 2 ó 3, respectivamente, a otros instrumentos no mencionados en el párrafo 1 de la Variante A. Se señaló que la variante A imponía a los Estados contratantes la carga de estudiar sus obligaciones contraídas mediante tratado teniendo en cuenta el proyecto de convención a fin de asegurarse de que las disposiciones de éste no plantearan dificultades a la hora de aplicar un instrumento ya existente.

48. Si bien varias delegaciones apoyaron la variante B, en el Grupo de Trabajo predominó la opinión de que era preferible la variante A, y se sugirió que esta última se mantuviera en el texto del proyecto, a fin de servir así de base para las ulteriores deliberaciones del Grupo de Trabajo al respecto. Se señaló que la variante A daba a los Estados contratantes un mayor grado de certeza jurídica al enumerar expresamente en una lista los convenios y convenciones cuya aplicación

se beneficiaría de las disposiciones del proyecto de convención. La mayoría de las delegaciones consideró también que la variante B no fomentaba el grado de armonización deseado por la Comisión, ya que permitiría a cada Estado contratante decidir unilateralmente las operaciones regidas por un instrumento internacional a las que deberían aplicarse o no las disposiciones del proyecto de convención.

Variante A, párrafo 1

49. Se recordó al Grupo de Trabajo que uno de los principios básicos de su labor de eliminación de los posibles obstáculos jurídicos que puedan imponer al comercio electrónico los instrumentos internacionales ya existentes era que debía procurarse formular soluciones que obviaran la necesidad de enmendar convenciones internacionales anteriores. El proyecto de párrafo 1 del artículo Y tenía por objeto facilitar las operaciones electrónicas realizadas en el marco de las cuestiones tratadas en los convenios y convenciones enumerados en ese párrafo, pero no se pretendía que hubiera que enmendar formalmente alguno de esos instrumentos. Con tal fin, el proyecto de párrafo preveía que todo Estado, al ratificar el proyecto de convención, se viera automáticamente obligado a aplicar las disposiciones del proyecto de convención a los mensajes de datos intercambiados en el marco de cualquiera de los instrumentos enumerados en el párrafo 1. Se sostuvo que con ello se pretendía ofrecer un medio para resolver a nivel nacional todo problema planteado por instrumentos internacionales, reconociéndose que los tribunales nacionales ya estaban facultados para interpretar los instrumentos de derecho mercantil internacional. Con el proyecto de párrafo 1 quedaba asegurado que los Estados contratantes incorporarían a sus respectivos ordenamientos jurídicos una disposición en virtud de la cual los órganos judiciales tendrían que aplicar las disposiciones del proyecto de convención a la hora de pronunciarse sobre cuestiones jurídicas relacionadas con la utilización de mensajes de datos en el contexto de esos otros instrumentos internacionales.

50. Se apoyó el enfoque seguido en este proyecto de párrafo. Se indicó que, a raíz de las amplias consultas mantenidas con las autoridades de algunos países competentes en derecho de los tratados, se había comprobado que el enfoque propuesto en ese proyecto de párrafo no podía ser objeto de ningún tipo de objeción jurídica fundada en ese derecho y las prácticas tradicionales ni en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[8]. Si bien esta cuestión podía requerir todavía un examen más detenido y más consultas, se dio por buena la solución propuesta, habida cuenta de la opinión casi general de que era preciso evitar que tuvieran que enmendarse otras convenciones o que se emitieran interpretaciones doctrinales al respecto.

51. No obstante, se formularon reservas acerca de la viabilidad y de las repercusiones del criterio propuesto en el proyecto de párrafo 1. Se sostuvo que si el proyecto de convención tenía la finalidad de aclarar el significado de términos empleados en otros instrumentos internacionales, esa finalidad debería quedar claramente enunciada en el párrafo 1 del proyecto de artículo Y. Frente a este argumento se respondió, en primer lugar, que el efecto que quería darse al proyecto de convención respecto de los contratos que se rigieran por otros convenios o convenciones internacionales no era simplemente el de que se interpretaran términos

[8] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, Núm. 18232.

empleados en otros textos sino prever reglas sustantivas que permitieran la aplicación eficaz de esos otros instrumentos en el contexto de las operaciones electrónicas. En segundo lugar se destacó, como argumento aún más importante, que tal vez sería cuestionable en derecho internacional público que se dispusiera explícitamente que la finalidad del proyecto de convención era interpretar términos empleados en instrumentos internacionales ya existentes, dado que únicamente podían emitir interpretaciones doctrinales de un tratado ya existente las partes contratantes en dicho tratado.

52. Se señaló que, mientras que en el proyecto de artículo Y se hacía referencia a cualquier "comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud" que pudieran intercambiar las partes, en el proyecto de artículo 1 se hablaba de "la utilización de mensajes de datos en relación con un contrato existente o previsto". El Grupo de Trabajo tomó nota de esta diferencia entre las dos disposiciones y convino en volver a estudiar la cuestión al examinar el proyecto de artículo 1.

53. El Grupo de Trabajo señaló que las palabras que figuraban entre los primeros corchetes del párrafo tenían la finalidad de dar a los Estados contratantes flexibilidad para decidir, mediante una declaración que pudiera hacerse en cualquier momento, si iban a aplicar las disposiciones del proyecto de convención a los mensajes de datos intercambiados en relación con contratos regidos por alguno de los instrumentos enumerados en dicho párrafo o por todos ellos. Se apoyó este criterio por considerarse que tenía la ventaja de no dar a entender que el proyecto de artículo pretendía enmendar los convenios y convenciones ya existentes. Efectivamente, con las palabras "podrá declarar en cualquier momento" se ponía de relieve que la aplicación del proyecto de convención en tales supuestos no era fruto de una obligación contraída mediante tratado sino que era la consecuencia de una decisión unilateral adoptada por el Estado contratante pertinente. Al principio, el Grupo de Trabajo parecía decidido a que se mantuvieran en el texto del párrafo las palabras "podrá declarar en cualquier momento que", eliminando los corchetes. No obstante, se señaló que si el Grupo de Trabajo adoptaba el párrafo de esa forma, la aplicación de las disposiciones del proyecto de convención a otros instrumentos, cuya ejecución fuera automática tras la ratificación, se haría depender de una declaración efectuada posteriormente por el Estado contratante. Se subrayó que no sería conveniente que el párrafo tuviera ese efecto, ya que con ello no se daría a la disposición un carácter suficientemente armonizador y se iría en contra de la lógica del proyecto de artículo en su conjunto, como lo demostraba la frase inicial del proyecto de párrafo 1 y la relación de ese párrafo con el proyecto de párrafo 3. En vista de esas consideraciones, el Grupo de Trabajo concluyó el debate al respecto decidiendo suprimir las palabras "podrá declarar en cualquier momento que".

54. Se señaló que la referencia específica a las disposiciones sustantivas del proyecto de convención que se hacía en el capítulo III tenía por objeto evitar que el texto diera a entender que las disposiciones relativas al ámbito de aplicación del proyecto de convención afectarían al ámbito de aplicación de otros instrumentos internacionales. En este contexto, el Grupo de Trabajo procedió a examinar si en el proyecto de párrafo habría que remitir también a otras disposiciones del proyecto de convención. Se propuso que, en vez de hacer referencia al proyecto de artículo 7 y al capítulo III, el proyecto de párrafo remitiera a los artículos 2 a 6 y al capítulo III. A este respecto, se sostuvo que no sería apropiado que las disposiciones del proyecto de artículo 7, al igual que las del proyecto de artículo 1, fueran aplicables

en el contexto de otros convenios y convenciones internacionales, pues con ellos podía verse afectada la interpretación ya establecida de tales instrumentos. En cambio, los proyectos de artículo 2 a 6 contenían disposiciones de carácter sustantivo que respaldaban la aplicación del capítulo III. Según otra propuesta, el proyecto de párrafo no debería remitir al proyecto de artículo 7 sino a los proyectos de artículo 7 *bis*, 3 (exceptuando el apartado a)), 4 y 5. En particular, algunas delegaciones pusieron reparos a que se hiciera una remisión al proyecto de artículo 2 por estimar que no convenía incorporar al párrafo 1 del proyecto de artículo Y exclusiones del ámbito de aplicación del proyecto de convención, puesto que cada tratado preveía sus propias normas sobre las cuestiones que habían de quedar excluidas y porque no deberían generarse conflictos entre diferentes series de exclusiones.

55. Tras examinar las diversas opiniones expresadas sobre las remisiones que deberían hacerse o no en el proyecto de párrafo, el Grupo de Trabajo fue tomando conciencia de lo difícil que resultaba formular una lista exhaustiva de disposiciones. A este respecto se señaló que tal vez no fuera necesario que en el texto figurara una lista, lo cual podría incluso tener inconvenientes. Se estimó preferible dejar al arbitrio de los órganos encargados de aplicar la convención la decisión sobre las disposiciones que pudieran ser pertinentes para el intercambio de mensajes de datos en relación con alguno de los convenios o convenciones que se enunciaban en el proyecto de párrafo. Toda persona razonable a quien correspondiera aplicar la convención se daría perfectamente cuenta de si una de sus disposiciones no resultaba aplicable a determinadas operaciones.

56. Se sugirió que no sería apropiado insertar en el párrafo 1 del proyecto de artículo Y acuerdos o tratados internacionales que aún no hubieran entrado en vigor. Dos de los instrumentos enumerados en la variante A del proyecto de artículo Y, no habían entrado en vigor, a saber, el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional[6] y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[7].

57. Se preguntó si sería apropiado, en virtud del derecho público internacional o de la práctica seguida en la elaboración de tratados, hacer remisión a instrumentos aún no vigentes. Se respondió que existían varios precedentes de convenciones que remitían a instrumentos internacionales que, en el momento de la redacción de dichas convenciones, aún no habían entrado en vigor. Cabía citar un ejemplo relativo a la labor de la CNUDMI, a saber, la preparación, durante la fase final de elaboración de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, en 1980, de un protocolo para adaptar al régimen de la Convención la Convención de 1974 sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías[4], que en aquella fecha aún no había entrado en vigor.

---

[4] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1511, Núm. 26119.

[6] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional, Viena, 2 a 19 de abril de 1991* (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.93.XI.3), parte I, documento A/CONF.152/13, anexo.

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

58. Además, era importante formular reglas duraderas, adelantándose a la evolución o previéndola. La regla del proyecto de párrafo debería ser suficientemente flexible para que, al entrar en vigor, en el futuro, otro tratado, no hubiera que enmendar la convención a consecuencia de ello. No obstante, se estuvo de acuerdo en que la información suplementaria sobre la práctica seguida al respecto en los tratados podía beneficiar al Grupo de Trabajo cuando examinara la cuestión.

59. Volviendo al enunciado del proyecto de párrafo, el Grupo de Trabajo convino en que se mantuvieran en el texto las palabras "por medio de mensajes de datos" y también las palabras ", así como de una oferta y su aceptación,", eliminando los corchetes en ambos casos. A reserva de esas enmiendas y de sus anteriores deliberaciones, el Grupo de Trabajo aprobó en general el proyecto de párrafo.

Variante A, párrafo 2

60. Se expresó la preocupación de que al suprimir las palabras "todo otro acuerdo o convención internacional sobre cuestiones de derecho mercantil privado" se restringía innecesariamente la aplicación del párrafo 2. Se estimó que para muchos Estados el proyecto de convención podía tener valor y utilidad en cuestiones que trascendían y el ámbito limitado al derecho mercantil privado. Por ello, se sugirió que se suprimieran las palabras "sobre cuestiones de derecho mercantil privado". Esta propuesta recibió apoyo de algunas delegaciones.

61. Se objetó que la supresión de las palabras "sobre cuestiones de derecho mercantil privado" podía dar lugar a que un Estado pudiera aplicar el proyecto de convención a supuestos regidos por otros instrumentos internacionales a los que no resultara apropiado aplicar las disposiciones del proyecto de convención, lo cual podría ir en contra de las obligaciones que impusieran a ese Estado esos otros instrumentos. No obstante, se señaló que, independientemente del párrafo 2, existía la posibilidad de que un Estado adoptara legislación no acorde con sus obligaciones internacionales. Frente a este argumento se insistió en que el párrafo 2 no imponía ninguna obligación a los Estados sino que simplemente les brindaba la oportunidad de formular una declaración en virtud de la cual considerara el proyecto de convención aplicable a otros instrumentos internacionales. Se sostuvo que el párrafo 2 se había formulado presuponiendo que ningún Estado recurriría a esa opción sin antes realizar un análisis exhaustivo para determinar si era realmente apropiado aplicar la convención a un determinado instrumento.

62. Sin embargo, a fin de permitir que el régimen del proyecto de convención pudiera ser aplicable a una gama más amplia de instrumentos, se sugirió que en el párrafo 2 se hablara de los instrumentos que guardaran relación con el mandado de la CNUDMI. El Grupo de Trabajo aceptó esa sugerencia y pidió a la Secretaría de la CNUDMI que revisara el párrafo 2 formulándolo de manera que se hiciera referencia a los tipos de instrumentos que fomentaran el cumplimiento del mandato de la CNUDMI.

63. Se sugirió que se sustituyeran las palabras "en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión" por las palabras "en cualquier momento". Se argumentó que esa propuesta era acorde con una decisión ya adoptada respecto del párrafo 2 del proyecto de artículo X (véase el párrafo 33

supra). El Grupo de Trabajo aceptó esa sugerencia y pidió a la Secretaría de la CNUDMI que revisara el párrafo 2 en consecuencia.

Variante A, párrafo 3

64. Se consideró que deberían suprimirse las palabras "o alguna disposición específica de la presente Convención", ya que no debería permitirse que un Estado que decidiera adoptar el proyecto de convención aplicara únicamente algunas de sus disposiciones. Se sostuvo que con esa enmienda se crearía incertidumbre acerca de qué disposiciones del proyecto de convención eran aplicables en un determinado Estado. No obstante, algunas delegaciones se declararon partidarias de que esas palabras se mantuvieran en el texto del párrafo, dado que de este modo los Estados que no pudieran adoptar la convención en su totalidad tuvieran al menos la posibilidad de aplicar algunas de sus disposiciones. Esta sugerencia no recibió apoyo. El Grupo de Trabajo acordó suprimir las palabras "o alguna disposición específica de la presente Convención".

65 Respecto de las dos variantes propuestas en el párrafo 3, que figuraban entre corchetes, se expresó preferencia por las palabras de la primera opción ("cualquiera de los instrumentos mencionados"), pero, dado que en el párrafo 2 se ofrecía a los Estados una opción presumiblemente revocable, mientras que en el párrafo 1 se les imponía una obligación, se estimó que deberían modificarse las palabras de esa primera variante entre corchetes para que dijeran "cualquiera de los convenios o convenciones enumerados en el párrafo 1 del presente artículo".

66. Sin embargo, algunas delegaciones manifestaron su preferencia por el texto de la segunda opción entre corchetes ("uno o más acuerdos, tratados o convenciones internacionales en los que el Estado sea Parte Contratante y que el Estado haya especificado en su declaración"). Se sugirió que esas palabras daban a los Estados una mayor flexibilidad ante las preocupaciones que pudieran tener sobre las posibles repercusiones del proyecto de convención en la aplicación de otros instrumentos internacionales en los que fueran partes. Se sostuvo que el texto de la segunda opción era más flexible para los Estados, pues les garantizaba que las cuestiones que desearan excluir del ámbito de aplicación de la convención podrían quedar efectivamente excluidas; además, se argumentó que esa flexibilidad facilitaría la adopción del proyecto de convención. Frente a este argumento se señaló que ese objetivo podía lograrse también disponiendo que la convención sólo pudiera ser aplicable a contratos que se rigieran por los convenios y convenciones enumerados en el párrafo 1 o que no se rigieran por ningún instrumento internacional. Con este fin, cabría agregar a las palabras "cualquiera de los instrumentos mencionados" las palabras ", inclusive cualquiera de los convenios o convenciones enumerados en el párrafo 1".

67. Se preguntó qué consecuencias podía tener el alcance del proyecto de artículo Y para los contratos que ulteriormente pasaran a regirse por instrumentos internacionales. Por ejemplo, un contrato de concesión de licencia para programas informáticos entraría en el ámbito de aplicación del proyecto de convención, a menos que estuviera excluido en el artículo 2 del proyecto de convención. En cambio, si el instrumento sobre ese mismo tema se concertara ulteriormente, no podría aplicarse el proyecto de convención al mencionado contrato por el hecho de que ese ulterior instrumento no figuraba en la lista de convenios y convenciones del párrafo 1 ni era objeto de ninguna declaración hecha en virtud del párrafo 2. Frente

a este argumento se replicó que, en tal caso, si los Estados deseaban que el proyecto de convención fuera aplicable, ya se asegurarían de que en el ulterior instrumento se hiciera una referencia al respecto, o ya presentarían una declaración respecto de ese instrumento con arreglo al párrafo 2 del proyecto de artículo Y. En cualquier caso, esa objeción no guardaba ninguna relación lógica con el proyecto de párrafo 3 y debería examinarse en relación con el proyecto de artículo 1 (véase también el párrafo 76 *infra*).

68. Ante las divergencias expresadas por las delegaciones sobre la interpretación apropiada del proyecto de artículo se sugirió que se combinaran los textos de las dos opciones entre corchetes del párrafo 3 de modo que la disposición permitiera a todo Estado declarar, en cualquier momento, que no aplicaría el proyecto de convención a los contratos internacionales que entraran en el ámbito de uno o varios acuerdos, tratados o convenciones internacionales, incluidos los convenios y las convenciones que se enumeraban en el párrafo 1, en los que el Estado fuera Parte Contratante o en los que pudiera pasar a serlo y que el Estado hubiera especificado en su declaración.

69. Se opinó que el concepto de "contratos internacionales" no se ajustaba al enfoque adoptado en los párrafos 1 y 2, que se centraban en los intercambios, mediante mensajes de datos, de las comunicaciones relativas a un acuerdo internacional. Se convino en pedir a la Secretaría de la CNUDMI que revisara los términos empleados en el párrafo 3 y que los ajustara a los de los demás párrafos del proyecto de artículo Y.

Variante A, párrafo 4

70. Se convino en pedir que se modificara el enunciado del párrafo 4 a fin de armonizarlo con las enmiendas convenidas respecto del párrafo 3 del proyecto de artículo X (véanse los párrafos 35 a 37 *supra*). De acuerdo con esta modificación, se decidió que se incorporara al párrafo 4 un texto semejante al que figuraba en la primera oración del párrafo 3 del artículo 97 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. A reserva de estas enmiendas, el Grupo de Trabajo acordó mantener el texto del párrafo 4 en el proyecto de artículo Y.

Artículo 1. Ámbito de aplicación

71. El texto del proyecto de artículo era:

"1. La presente Convención se aplicará a la utilización de mensajes de datos en relación con un contrato existente o previsto entre partes cuyos establecimientos estén en Estados diferentes:

Variante A

a) Cuando los Estados sean Estados Contratantes;

b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante; o

c) Cuando las partes hayan convenido en que se aplique.

Variante B

... cuando esos Estados sean partes en la presente Convención y los mensajes de datos se utilicen en relación con un contrato existente o previsto al cual, con arreglo a la legislación de dichos Estados Parte, deba aplicarse uno de los siguientes convenios o convenciones internacionales:

La Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y su Protocolo (Viena, 11 de abril de 1980)

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980)

El Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional (Viena, 19 de abril de 1991)

La Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 11 de diciembre de 1995)

La Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 12 de diciembre de 2001).

2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre las partes, ni de la información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato.

3. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o mercantil de las partes o del contrato."

Observaciones generales: relación entre los artículos 1 e Y

72. Al iniciar su examen del proyecto de artículo, el Grupo de Trabajo decidió que, en vista de su anterior decisión de retener únicamente la variante A del proyecto de artículo Y (véase el párrafo 47 *supra*), se había descartado la variante B del proyecto de artículo 1. El Grupo de Trabajo convino por ello en utilizar la variante A únicamente como punto de referencia para su examen del proyecto de artículo 1.

73. Se recordó, no obstante, al Grupo de Trabajo, que en su anterior examen del proyecto de artículo Y, no había agotado su examen de las cuestiones relativas a la relación entre dicha disposición y las disposiciones relativas al ámbito de aplicación del proyecto de convención, por lo que el Grupo de Trabajo había convenido en reanudar dicho examen tan pronto como iniciara su examen del proyecto de artículo 1 (véase el párrafo 45 *supra*).

74. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo en que, siempre que se pudieran dar por cumplidas las condiciones enunciadas en el párrafo 1 del proyecto de artículo 1, el régimen de la convención sería automáticamente aplicable a todo mensaje de datos intercambiado en el marco de un contrato internacional, en todo supuesto en que dicho contrato no se rigiera por alguno de los convenios internacionales ya existentes. Los pareceres diferían únicamente respecto del trato

que habría de darse a un mensaje intercambiado en el marco de un contrato que sí se rigiera por alguno de los convenios internacionales existentes.

75. Prevaleció el parecer en el Grupo de Trabajo de que, en dichos casos, el efecto combinado de la regla enunciada en la variante A del proyecto de artículo 1 y de las reglas enunciadas en los párrafos 1, 2 y 3 del proyecto de artículo Y daría lugar a que todo Estado contratante que ratificara el proyecto de convención estaría dando a entender claramente que el régimen de la convención sería aplicable a cualquier mensaje intercambiado en el marco de un contrato que se rigiera por uno cualquiera de los convenios mencionados en el párrafo 1 del proyecto de artículo Y o mencionado en alguna declaración de dicho Estado formulada de conformidad con lo previsto en el párrafo 2 del proyecto de artículo Y, y que no fuera objeto de ninguna exclusión explícita, formulada conforme a lo previsto en el párrafo 3 del proyecto de artículo Y. Se dijo que toda otra lectura del texto de los proyectos de artículo 1 e Y obligaría al Estado contratante a tener que revisar la totalidad de los tratados (derecho convencional) en los que fuera parte para cerciorarse de que el régimen de la nueva convención era compatible con las obligaciones internacionales ya contraídas por dicho Estado.

76. Ese parecer no fue, sin embargo, unánimemente compartido por los asistentes, y se adujeron fuertes argumentos a favor de que cabría dar, asimismo, una aplicación extensiva al régimen de la convención, incluso respecto de mensajes de datos intercambiados en el marco de contratos que se rigieran por algún instrumento internacional no enumerado en la lista del párrafo 1 del proyecto de artículo Y, y que tampoco hubieran sido objeto de una declaración, conforme a lo previsto en el párrafo 2 del proyecto de artículo Y. Conforme a esa opción el régimen de la convención sería también aplicable a todos esos mensajes de datos, salvo que o hasta el momento en que el Estado contratante interesado efectuara una declaración, conforme al párrafo 3 del proyecto de artículo Y, por la que expresamente excluyera este o aquel tipo de mensajes del régimen de la convención. Se dijo, en apoyo de dicho parecer, que procedía considerar la lista de instrumentos del párrafo 1 del proyecto de artículo Y, y toda declaración efectuada con arreglo al párrafo 2 del proyecto de artículo Y, como una aclaración no exhaustiva que se daba con la intención de eliminar dudas respecto a la aplicabilidad del régimen de la convención a ciertas categorías de mensaje, pero no como una limitación efectiva de su ámbito de aplicación, respecto de otras categorías de mensaje no mencionadas.

77. Se expresó, a ese respecto, el parecer de que existía una situación intermedia que no quedaría adecuadamente cubierta por la lectura dada, conforme al parecer dominante en el Grupo de Trabajo, al texto de los proyectos de artículo 1 e Y. Se dijo que podría surgir un problema respecto de todo mensaje de datos intercambiado en el marco de un contrato que no fuera actualmente objeto de un convenio internacional, pero que pudiera pasar a ser objeto de un instrumento internacional de derecho uniforme. En el momento actual dichos mensajes de datos serían objeto del régimen de la nueva convención, con tal de que satisficieran los requisitos enunciados en el párrafo 1 de su proyecto de artículo 1. Una lectura estricta del texto del proyecto de artículo Y, conforme a los criterios preconizados por la mayoría, tendría no obstante el inconveniente de que, una vez que dichos contratos pasaran a ser objeto de algún nuevo instrumento internacional, todo mensaje de datos, intercambiado en el marco de uno de esos contratos, quedaría automáticamente excluido del régimen del proyecto de convención. Se respondió a

dicha observación que, si bien el proyecto de convención no preveía explícitamente una solución para dicho supuesto, nada de lo en ella dispuesto impedía que un Estado que negociara, en el futuro, una nueva convención relativa a una determinada categoría de contratos hiciera una remisión expresa al régimen del proyecto de convención o, de ser ese Estado una Parte Contratante en el proyecto de convención, nada impediría que dicho Estado emitiera una declaración por la que remitiera dicho o dichos contratos al régimen de la convención, con arreglo a lo previsto en el párrafo 2 de su proyecto de artículo Y.

78. El Grupo de Trabajo pasó a examinar la posible adopción de alguna disposición adicional que permitiera aclarar la relación existente entre los proyectos de artículo 1 e Y. Se convino en que el Grupo de Trabajo podría considerar la posibilidad de insertar un párrafo adicional en el proyecto de artículo 1, o inmediatamente a continuación de dicho artículo, conforme al cual el régimen de la convención no sería aplicable a los mensajes de datos intercambiados contemplados en la regla del proyecto de artículo 1, cuando el contrato en cuyo marco se intercambiara el mensaje de datos se rigiera por algún convenio, tratado o acuerdo internacional no expresamente mencionado en el párrafo 1 del proyecto de artículo Y y que no hubiera sido objeto de una declaración del Estado Contratante interesado, conforme a lo previsto en el párrafo 2 del proyecto de artículo Y.

79. Se propuso además que la disposición adicional prevista incluyera, a título de posible opción colocada entre corchetes, otra disposición por la que se declarara aplicable el régimen del proyecto de convención a todo mensaje de datos que respondiera a lo dispuesto en el proyecto de artículo 1, aun cuando dicho mensaje se intercambiara en el marco de un contrato actual o previsto que se rigiera por un convenio, tratado o acuerdo internacional no expresamente mencionado en el párrafo 1 del proyecto de artículo Y o que no hubiera sido objeto de una declaración efectuada por el Estado contratante interesado conforme a lo previsto en el párrafo 2 del proyecto de artículo Y, con tal de que la aplicación del régimen del proyecto de convención a dicho contrato no hubiera sido excluida por una declaración efectuada conforme a lo previsto en el párrafo 3 del proyecto de artículo Y. Se sugirió, además, que cabría combinar la segunda opción ofrecida con una disposición que permitiera que todo Estado contratante excluyera la posibilidad de una aplicación extensiva del régimen del proyecto de convención a asuntos que se rigieran por algún convenio o acuerdo internacional no enumerado en la lista del párrafo 1 del proyecto de artículo Y. Se observó, no obstante, que una y otra opción pudieran requerir algún ajuste en el texto del proyecto de artículo Y y que cabía prever que alguna de las disposiciones del proyecto de artículo Y no fuera compatible con una u otra de las dos opciones ofrecidas. Además, toda disposición que contemplara un ámbito de aplicación extensivo del régimen del proyecto de convención a asuntos regidos por otros convenios internacionales debiera tal vez ser circunscrita a los convenios o instrumentos internacionales de derecho mercantil o tratados comerciales que cayeran dentro del ámbito del mandato otorgado a la CNUDMI.

80. Si bien el Grupo de Trabajo tomó nota de las reiteradas objeciones a que se admitiera el principio de una aplicación extensiva del régimen de la convención, se reconoció que el Grupo de Trabajo no podía dar por clausurado el examen de esta cuestión en la fase actual de los trabajos, por lo que convendría prever ambas posibilidades en toda versión revisada del proyecto de convención que se sometiera al futuro examen del Grupo de Trabajo.

81. Se expresó el parecer de que, cualquiera que fuera la decisión definitiva que se adoptara respecto de las dos opciones propuestas, cabría aclarar la relación entre los proyectos de artículo 1 e Y insertando el párrafo 1 del proyecto de artículo Y en el proyecto de artículo 1 o, al menos, en algún lugar más próximo al proyecto de artículo 1. Se respondió que no procedía disociar la regla del párrafo 1 del proyecto de artículo Y de las de los párrafos 2 y 3 de dicho artículo. Mientras que, en la medida en que dichas disposiciones trataban de las declaraciones que todo Estado contratante podría eventualmente formular, procedía colocarlas al final del proyecto de convención, de acuerdo con la práctica habitual de los tratados. Se observó, además, que el proyecto de artículo 1 definía un ámbito de aplicación autónomo para el régimen de la convención, mientras que, a tenor de lo dispuesto en el proyecto de artículo Y, el régimen de la convención pudiera ser asimismo declarado aplicable a mensajes de datos intercambiados en el marco de contratos que se rigieran por otras convenciones o instrumentos internacionales. Ahora bien, lo cierto era que el régimen de la convención no sería, de por sí, aplicable a los contratos regulados en dichas otras convenciones.

Disposición adicional relativa a la finalidad del nuevo instrumento

82. El Grupo de Trabajo convino en general que sería útil insertar una nueva disposición en el proyecto de convención, ya fuera en su preámbulo o en algún artículo de su parte dispositiva, en la que se declarara cuál era la finalidad general del régimen de la convención. Se sugirió, a dicho respecto, que el proyecto de convención declarara que tenía por finalidad la de afirmar la libertad de elección de los comerciantes entre los medios físicos o tecnologías utilizables para el intercambio de comunicaciones en el comercio internacional, y particularmente en el contexto de los contratos internacionales, en la medida en que se utilizaran medios que fueran compatibles con la finalidad de todo régimen legal que le fuera aplicable a cada contrato. Se sugirió que el Grupo de Trabajo podría considerar, en alguna etapa ulterior, otras posibilidades.

Definición dada en el párrafo 1 del ámbito de aplicación del régimen sustantivo

83. Se expresó el parecer de que el sentido de las palabras “en relación con un contrato existente o previsto” era demasiado lato, por lo que podría dar a entender que el régimen de la convención sería aplicable al intercambio de comunicaciones o notificaciones no ya entre las partes en un contrato, sino también con un tercero, ajeno a dicho contrato, con tal de que la comunicación guardara alguna “relación” con el contrato. Se dijo, además, que determinados contratos habrían de ser, por ejemplo, notificados a alguna autoridad pública, y que el texto actual del proyecto de párrafo parecía autorizar el empleo de medios electrónicos para dicha notificación. Se sugirió, por ello, que se reformulara el texto actual del proyecto de párrafo para poner en claro que el régimen de la convención sería únicamente aplicable a los intercambios entre las partes en un contrato existente o previsto. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con dicha sugerencia y decidió que se reformulara en términos adecuados la futura versión del proyecto de párrafo.

84. Se expresó el parecer de que resultaba inexacto que el texto del párrafo se refiriera a “partes” en un contrato previsto dado que la noción de partes en un contrato presuponía la existencia del contrato. Tal vez fuera preferible hablar de “partes en la negociación de un contrato previsto”. Se respondió a dicha observación

que el régimen de la convención estaba destinado a ser aplicable a las comunicaciones intercambiadas entre personas que no fueran partes en un contrato, y que tal vez ni siquiera fueran partes en la negociación de un contrato. El proyecto de artículo 11, relativo a las invitaciones para presentar ofertas, constituía un ejemplo de un caso de ese tipo. En el Grupo de Trabajo se reconoció, no obstante, que cabría mejorar la formulación actual del proyecto de párrafo.

85. Se expresó el parecer de que la expresión "contrato existente o previsto" se prestara a ser interpretada como referida a un contrato ya existente en la fecha de entrada en vigor del proyecto de convención. El Grupo de Trabajo convino en que se pidiera a la Secretaría que reformulara dicho texto para evitar toda ambigüedad a dicho respecto. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que el proyecto de convención tal vez debiera contener alguna disposición expresamente destinada a enunciar las reglas de transición por las que se determinara la fecha en que el nuevo régimen entraría en vigor, así como su aplicabilidad respecto de todo contrato ya celebrado o que se estuviera negociando en dicha fecha.

86. Tras considerar esas observaciones, el Grupo de Trabajo observó que tal vez procediera efectuar una reformulación general del texto del párrafo 1 con miras a armonizarlo con el del proyecto de artículo Y. Se pidió a la Secretaría que tuviera en cuenta esta observación al formular la versión revisada del proyecto de párrafo.

Párrafo 1 a)

87. Se opinó que la condición enunciada en el apartado a) era innecesaria, por lo que debería suprimirse. Se dijo que dicho apartado imponía un doble requisito para la aplicación del régimen de la convención, que excluiría automáticamente dicho régimen en todo supuesto en el que uno de los Estados interesados no fuera parte en la nueva convención. Se dijo, además, que, en la medida en que diversas de las disposiciones del proyectado régimen tenían por objeto respaldar o facilitar la aplicabilidad de otras normas legales en un entorno electrónico (como, por ejemplo, los proyectos de artículo 8 y 9), dicho doble requisito podría dar lugar al resultado inaceptable de que el foro competente se viera obligado a interpretar su propia normativa interna (por ejemplo, respecto de los requisitos de forma) de modo diverso, según que una u otra de las partes en un contrato estuviera o no ubicada en el territorio de un Estado contratante. La aplicación del régimen de la convención se vería simplificada y se potenciaría en gran medida su alcance práctico, si se declaraba sencillamente que dicho régimen sería aplicable a todo contrato internacional, es decir, a todo contrato celebrado entre partes situadas en el territorio de distintos Estados, sin imponer el requisito adicional de que esos dos Estados fuesen también Estados contratantes en el proyecto de convención. Se apoyó firmemente dicha propuesta, pese a que se expresaron pareceres divergentes sobre si procedía o no suprimir también los apartados b) y c), o únicamente uno de dichos apartados.

88. En sentido contrario se expresó el parecer, que obtuvo asimismo un fuerte apoyo, por el que se recordaba que el texto actual estaba inspirado en el inciso a) del apartado 1 del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, razón por la cual debería retenerse. La formulación actual ofrecía la ventaja de permitir que las partes determinaran fácilmente si el régimen de la convención sería o no aplicable a su contrato, sin tener que determinar previamente cuál sería la ley que fuera, por lo demás, aplicable a su contrato. La eventual

limitación geográfica del ámbito de aplicación del nuevo régimen, resultante de dicha opción, se vería compensada por la ventaja de la mayor certidumbre jurídica que ofrecía.

89. Se recordó en ese momento al Grupo de Trabajo que la primera versión del proyecto de convención había ofrecido una variante por la que el nuevo instrumento sería aplicable a las comunicaciones intercambiadas entre partes situadas en el territorio de distintos Estados, sin necesidad de que ambos hubieran ratificado el proyecto de convención (véase A/CN.9/WG.IV/WP.95, anexo I). En su primera lectura, el Grupo de Trabajo se había mostrado en desacuerdo con dicha opción por su falta de paralelismo con la regla enunciada en el inciso a) del apartado 1) del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (A/CN.9/509, párr. 37). Se dijo, no obstante, que dicho paralelismo entre los dos instrumentos había dejado de ser necesario. Se explicó que ello se desprendía claramente del entendimiento al que se llegó en el Grupo de Trabajo, durante su examen del proyecto de artículo Y(véase el párrafo 53 *supra*), de que el ámbito de aplicación del nuevo instrumento sería independiente del de otros instrumentos internacionales.

90. El Grupo de Trabajo, tras deliberar largamente sobre la enmienda propuesta respecto del ámbito de aplicación geográfica del proyecto de convención, convino finalmente en que se retuviera el apartado a) del proyecto de artículo 1. Ahora bien, el Grupo de Trabajo convino asimismo en que para su ulterior examen, se preparara una versión revisada del proyecto de convención en el que figurara una disposición por la que se facultara a todo Estado a efectuar una declaración por la que declarara que el régimen de la convención sería aplicable a todo intercambio de mensajes de datos relacionados con contratos internacionales, siempre que las partes tuvieran su respectivo establecimiento en distintos Estados, aun cuando sólo uno de esos Estados fuera parte en el proyecto de convención.

Párrafo 1 b)

91. Se sugirió que se suprimiera el apartado b) por cuanto la regla en él contenida no reforzaba en nada la certidumbre jurídica del ámbito de aplicación del nuevo régimen. Se dijo que podría dar lugar a que el régimen de la convención fuera aplicable, por virtud de lo dispuesto en las correspondientes reglas de derecho internacional privado, aun cuando el Estado del foro no fuera parte en la futura convención. Se sugirió que si las partes deseaban que el régimen de la convención fuera aplicable a las comunicaciones intercambiadas entre ellas, nada impedía que lo estipularan en su contrato, con arreglo a lo dispuesto en el apartado c). No procedía, sin embargo, que las partes se vieran sometidas al régimen de la convención en supuestos en los que ellas no lo hubieran previsto únicamente porque un tercer Estado aplicara la convención.

92. Se respondió a ello que el apartado b) reproducía una regla sobre el ámbito de aplicación del nuevo régimen que figuraba ya en otros instrumentos de la CNUDMI. Se dijo que dicha regla era conveniente por permitir ampliar el ámbito de aplicación geográfica del régimen de la nueva convención, dado que permitía soslayar el requisito de que los dos Estados en donde las partes estuvieran ubicadas fueran partes en la nueva convención. Si bien se habían expresado ciertas objeciones a dicha regla en un anterior período de sesiones (A/CN.9/509, párr. 38), el Grupo de Trabajo había decidido hasta el momento retener dicho apartado (A/CN.9/528,

párr. 42). Respecto de aquellos Estados que tuvieran alguna dificultad en aplicar la regla del apartado b), cabía siempre la posibilidad de que declararan su intención de no aplicarla con arreglo a lo previsto en el párrafo 1 del proyecto de artículo X. Como resultado de tal declaración, la convención no sería aplicable si las normas de derecho internacional privado de un Estado contratante previeran la aplicación del ordenamiento del Estado que hubiera hecho una declaración de exclusión.

93. Tras haber tomado nota de los diversos pareceres expresados y del hecho de que no se había expresado suficiente apoyo para suprimir el apartado b), el Grupo de Trabajo decidió retener su texto para que fuera objeto de ulterior examen.

Párrafo 1 c)

94. Se observó que la posibilidad ofrecida en el apartado c) había sido igualmente prevista, por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente[3].

95. Se preguntó si el texto del apartado c) contemplaba la posibilidad de que las partes sometieran, por acuerdo, su contrato al derecho interno de determinado Estado o la posibilidad de que incorporaran, por remisión, el régimen de la nueva convención, en cuanto tal, a su respectivo contrato. Si bien la primera posibilidad sería, en general, aceptable para la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la segunda no lo sería necesariamente. Un convenio internacional sobre asuntos de derecho internacional privado únicamente surtiría efecto respecto de las personas que fueran partes en un contrato de derecho privado en la medida en que dicho convenio hubiera sido ya incorporado al derecho interno. Por ello, toda cláusula de elección de la ley aplicable que hiciera remisión al régimen de un convenio internacional sería normalmente aplicada, por los tribunales, a título de incorporación, por remisión contractual, de una norma de derecho extranjero, pero no a título de incorporación del propio convenio internacional, en cuanto tal. Además, la situación contemplada en el apartado c) sería particularmente objetable si dicho apartado permitiera que las partes violaran, de hecho, reglas de rango imperativo del régimen legal interno aplicable. Se observó, además, que el precedente de que hubiera reglas similares en otros instrumentos internacionales no era pertinente, dado que, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente[3] se ocupaba de una categoría especial de contrato, mientras que el proyecto de convención sería aplicable a cuestiones de índole general que incidirían en diversas esferas del derecho interno.

96. Se observó, en respuesta, que las controversias relativas a contratos internacionales no se resolvían únicamente ante los tribunales estatales, dado que en la práctica del comercio internacional se recurría muy a menudo al arbitraje. Se observó, por ello, que los tribunales arbitrales no se solían sentir forzosamente vinculados a una determinada ubicación geográfica, por lo que solían pronunciarse a menudo, sobre las controversias en las que entendían, en función de la ley seleccionada por las partes para ser aplicable a su contrato. En la práctica, las cláusulas contractuales por las que se seleccionaba el derecho aplicable al contrato no remitían necesariamente al derecho interno de determinado Estado. Era frecuente que las partes sometieran su contrato al régimen de algún convenio internacional,

[3] Resolución 50/48 de la Asamblea General, anexo.

con independencia de lo que dispusiera al respecto el derecho interno de este o de aquel país. El que dicha selección del convenio internacional aplicable a un contrato no dependiera del derecho interno podía verse corroborado por lo dispuesto en el inciso e) del apartado 1 del artículo 2 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías[9], según el cual éste se aplicaría a un contrato de transporte, entre otros motivos, por el mero hecho de que el conocimiento de embarque estipulara que el contrato se regiría por las disposiciones del Convenio o por la legislación de un Estado que diera efecto a esas disposiciones.

97. Tras haber tomado nota de los diversos pareceres expresados, así como del hecho de que no se expresó suficiente apoyo para suprimir el apartado, el Grupo de Trabajo decidió retener el apartado c) para su ulterior examen.

Artículo 2. Exclusiones

98. El texto del proyecto de artículo decía:

> "La presente Convención no se aplicará a la utilización de los mensajes de datos [en relación con los siguientes contratos, bien sean existentes o previstos] [en el contexto de la formación o ejecución de los siguientes contratos]:
>
> a) Los contratos celebrados para fines personales, familiares o domésticos [salvo que la parte que ofrezca los bienes o servicios no supiera ni debiera haber sabido, en cualquier momento previo a la celebración del contrato o en el momento de su celebración, que estaban destinados a dicho uso];
>
> [b) Los contratos por lo que se autorice un uso limitado de derechos de propiedad intelectual];
>
> c) [*Otras exclusiones que el Grupo de Trabajo tal vez decida añadir*] [Otras cuestiones señaladas por un Estado Contratante en el marco de una declaración hecha de conformidad con el artículo X]."

Parte introductoria

99. Se señaló que en la parte introductoria del proyecto de artículo 2 figuraban variantes entre corchetes que el Grupo de Trabajo habría de examinar ulteriormente.

Apartado a)

100. Se observó que en el proyecto de apartado se excluían los contratos con consumidores mediante la misma técnica que se había empleado en el apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. No obstante, la parte final de la introducción del apartado, es decir, las palabras "salvo que la parte que ofrezca los bienes o servicios no supiera ni debiera haber sabido, en cualquier momento previo a la celebración del contrato o en el momento de su celebración, que estaban destinados a dicho uso", figuraban entre corchetes, de acuerdo con la sugerencia de suprimir estas palabras que algunas delegaciones

[9] Ibíd., vol. 1695, Núm. 29215.

apoyaron en el 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/528, párr. 52).

101. Las delegaciones estuvieron en general de acuerdo en que era muy importante excluir del proyecto de convención las operaciones realizadas con consumidores, dado que en el proyecto figuraban diversas reglas que no se ajustaban al contexto de las operaciones con consumidores. Se estimó que, en el contexto de las operaciones realizadas con consumidores, sería inapropiado formular una disposición como la que figuraba en el párrafo 2 del proyecto de artículo 10, que, por ejemplo, enunciaba una regla en virtud de la cual todo mensaje de datos se tendría por recibido a partir del momento en que pudiera ser recuperado por el destinatario; tal disposición sería inapropiada porque los consumidores no siempre consultaban periódicamente su correo electrónico ni podían apreciar fácilmente la diferencia entre los mensajes comerciales lícitos y los envíos publicitarios (*spam*). Se consideró que no debería exigirse a los consumidores los mismos requisitos que a las personas que se dedican a actividades comerciales.

102. Se señaló además que normalmente, en las operaciones realizadas con consumidores, las consecuencias de los errores deben por lo general regularse mediante disposiciones jurídicas más detalladas que las disposiciones generales que contiene el proyecto de artículo 14. Otro ejemplo de problemas que podían plantearse era el hecho de que las reglas de protección del consumidor solían obligar al vendedor a hacer llegar al consumidor de forma accesible las condiciones contractuales. Además, en las reglas de protección del consumidor referentes a las operaciones electrónicas se especificaban también las condiciones en que podían invocarse las estipulaciones y cláusulas contractuales contra un consumidor y se precisaba cuándo cabía presumir que el consumidor había aceptado las estipulaciones y cláusulas incorporadas al contrato por remisión. El proyecto de convención no ofrecía a los consumidores, en ninguna de estas cuestiones, el mismo grado de protección que se les daba en varios ordenamientos jurídicos. El Grupo de Trabajo convino en que en el proyecto de convención se suprimiera toda referencia a los consumidores.

103. Se sugirió que se retuviera el texto que figuraba entre corchetes a fin de mantener la coherencia con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y de ofrecer el mismo nivel de certeza y seguridad jurídica. Se señaló que la disposición correspondiente de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa se había considerado importante para asegurar la certeza jurídica y para evitar que la aplicabilidad de dicha Convención dependiera totalmente de la capacidad del vendedor para determinar el objetivo con el cual el comprador había adquirido los bienes.

104. Sin embargo, otra delegación expresó la opinión contraria y propugnó que se suprimiera el texto que figuraba entre corchetes, si bien se había basado en el de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Se sugirió que sería preferible que la exclusión de los contratos con consumidores no se hiciera depender de si la parte que ofreciera los bienes o servicios sabía o podía haber sabido a qué fines estaban destinados. Se observó que la cláusula correspondiente de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa se basaba en la premisa de que podrían darse situaciones en que un contrato de compraventa entrara en el ámbito de la Convención pese a haber sido celebrado por un consumidor (sobre esta cuestión, véanse las deliberaciones anteriores en el documento

A/CN.9/527, párrs. 83 a 89). Cabía inferir de esas disposiciones que quienes participaron en la redacción de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa presupusieron que podían darse situaciones en que un contrato de compraventa entrara en el ámbito de la Convención pese a haber sido celebrado por un consumidor. La mayor certeza jurídica que había podido darse a la Convención con esa disposición parecía haber contrarrestado el riesgo de que entraran en su ámbito operaciones que se hubiera querido excluir. Se observó, además, que, tal como se había indicado en el comentario previo a la aprobación de la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, preparado en su momento por la Secretaría (A/CONF.97/5), el apartado a) del artículo 2 de dicha Convención se había redactado presuponiendo que las operaciones con consumidores sólo eran internacionales en un número relativamente limitado de casos.

105. Se dijo también que, si en un nuevo instrumento sobre la contratación electrónica se excluían las operaciones con consumidores, podría resultar problemático el enunciado del apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, ya que la facilidad de acceso que ofrecían los sistemas abiertos de comunicación que aún no existían cuando se preparó la Convención como, por ejemplo, Internet, incrementaba enormemente la probabilidad de que los consumidores compraran mercancías a vendedores establecidos fuera de sus respectivos países. En cambio, si se hiciera una exclusión incondicional de este tipo de operaciones se daría a los países que aprobaran el proyecto de convención una garantía suficiente de que las operaciones realizadas con consumidores no entrarían, en ningún caso, en el ámbito de aplicación de la futura convención. Algunas delegaciones apoyaron la propuesta de suprimir las palabras del apartado que figuran entre corchetes.

106. Tras un amplio debate, el Grupo de Trabajo convino en volver a estudiar la cuestión cuando hubiera examinado el apartado a) del proyecto de artículo 3 (véanse los párrafos 112 a 115 *infra*).

Apartado b)

107. Se recordó que la exclusión enunciada en el apartado b), relativa a la autorización de un uso limitado de derechos de propiedad intelectual, figuraba entre corchetes por no haberse llegado aún a un acuerdo en el Grupo de Trabajo sobre este punto (A/CN.9/527, párrs. 90 a 93, y A/CN.9/528, párrs. 55 a 60). El Grupo de Trabajo señaló que la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual no estimaba necesaria cláusula de exclusión alguna respecto de los contratos concernientes a derechos de propiedad intelectual (A/CN.9/WG.IV/WP.106, párr. 2). Basándose en ello, el Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera el mencionado apartado.

Apartado c)

Otras exclusiones

108. Se señaló que el proyecto de apartado c) ofrecía, entre corchetes, dos opciones, la primera de las cuales consistía en que se confeccionara una lista común de exclusiones, y la segunda en que cada Estado contratante efectuara, siempre que

procediera, una declaración al respecto, conforme a lo previsto en el artículo X. Prevaleció el parecer favorable a que se adoptara la primera opción.

109. Se sugirieron cierto número de cuestiones que cabría incluir en la mencionada lista común de exclusiones. Se dijo que deberían incluirse en ella algunos de los mercados actuales de servicios financieros. Se observó que, conforme se había dicho en anteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/527, párr. 95 y A/CN.9/528, párr. 61), el sector de los servicios financieros era objeto de regímenes regulatorios bien definidos o de normas de índole no propiamente reglamentaria que habían resuelto de forma satisfactoria las cuestiones relacionadas con el funcionamiento del comercio electrónico en dicho sector, por lo que no era probable que muchos de esos servicios se beneficiaran en modo alguno de su inclusión en el régimen de la convención. Se dijo también que, dada la índole singular de dicho sector, no procedía relegar su exclusión a una declaración efectuada por cada país en particular, con arreglo al artículo X. Si bien se expresó apoyo a favor de que se excluyera dicho sector, se expresó cierta inquietud de que una exclusión general de los mercados de servicios financieros resultara demasiado genérica. Se respondió a dicha inquietud que lo que se estaba proponiendo no era una exclusión general de los servicios financieros per se, sino de ciertas operaciones bastante bien definidas, como los sistemas de pago, los títulos negociables, los derivados financieros, ciertas permutas financieras (*swaps*), los acuerdos de recompra (*repos*), así como los mercados de divisas, bursátiles y de obligaciones, y tal vez las actividades de contratación general de los bancos y algunas de sus actividades crediticias (A/CN.9/527, párr. 95 y A/CN.9/528, párr. 61).

110. Otra sugerencia fue la de que se excluyeran del apartado c) los siguientes tipos de operaciones: los contratos por los que se creara una garantía real sobre bienes inmuebles o se transfiriera algún derecho sobre dichos bienes, que no fuera propiamente un derecho de arriendo; todo contrato en el que hubiera de intervenir, con arreglo a derecho, un tribunal judicial o alguna otra autoridad o cuerpo profesional que ejerciera una función pública; los contratos de fianza o de garantía real otorgada por alguna persona que no estuviera actuando a título comercial o profesional; y los contratos que se rijan por el derecho sucesorio o de familia (A/CN.9/WG.IV/WP.95, anexo II). Se observó que la tercera de esas categorías, relativa a los contratos de fianza, parecía duplicar la propuesta de que se incluyera una exclusión más genérica de los mercados de servicios financieros. Se sugirió, por otra parte, que el apartado c) podría ofrecer una vía alternativa para excluir del ámbito del régimen de la convención a todo mensaje de datos intercambiado en el marco de ciertos contratos que se regían por algunos de los convenios internacionales existentes. Dicho enfoque haría tal vez innecesario que se formularan ciertas exclusiones explícitas, con arreglo a lo previsto, al respecto, en el párrafo 2 del proyecto de artículo X o en el párrafo 3 del proyecto de artículo Y. Entre las categorías que cabría incluir en una lista común de exclusiones figuraban los títulos negociables y los documentos o títulos utilizados para el transporte de mercaderías.

111. Se decidió que esas propuestas fueran reflejadas en el texto de ciertas nuevas disposiciones que se colocarían entre corchetes, para que el Grupo de Trabajo las examinara ulteriormente.

Artículo 3. Materias que no se rigen por la presente Convención

112. El texto del proyecto de artículo era:

"La presente Convención no afecta ni deroga norma jurídica alguna relativa a:

[a] La protección del consumidor;]

b) La validez del contrato ni de ninguna de sus estipulaciones, como tampoco a la de cualquier uso del comercio [, salvo que se haya dispuesto otra cosa en los artículos [...]];

c) Los derechos y obligaciones de las partes nacidos del contrato o de alguna de sus estipulaciones, o de cualquier uso del comercio; o

d) Los efectos que el contrato pueda tener sobre la titularidad de los derechos creados o transferidos por el contrato."

113. Se señaló que en virtud del apartado a) las operaciones con consumidores no quedarían automáticamente excluidas del ámbito de aplicación del proyecto de convención, aunque las disposiciones de éste no sustituirían a las normas jurídicas de protección del consumidor ni las afectarían. Se observó que, si se suprimía el texto entre corchetes del apartado a) del proyecto de artículo 2, podría suprimirse el apartado a) del proyecto de artículo 3, que en algunos aspectos constituía una variante de ese apartado (A/CN.9/528, párr. 52).

114. No obstante, se sugirió que, si se mantenía el texto entre corchetes del apartado a) del proyecto de artículo 2, cabía prever que, en circunstancias en las que la persona que ofreciera los bienes o servicios no supiera ni debiera haber sabido que se trataba de una operación con consumidores, la operación así efectuada fuera objeto del régimen de la convención. Ante esa posibilidad se dijo que era imprescindible mantener el apartado a) para preservar la aplicación de la normativa interna protectora del consumidor. A modo de corroboración de esa opinión se dijo que convendría mantener el apartado a), aun cuando sólo fuera para poner de relieve que no se pretendía que el proyecto de convención menoscabara la normativa legal protectora del consumidor.

115. Habida cuenta de la relación evidente entre el texto entre corchetes del apartado a) del proyecto de artículo 2 y el apartado a) del proyecto de artículo 3, el Grupo de Trabajo procedió a examinar las consecuencias de este último.

116. Se señaló que la finalidad del texto entre corchetes del apartado a) del proyecto de artículo 2 era ofrecer certeza jurídica a la persona que suministraba bienes o prestaba servicios y que tal vez no fuera capaz de determinar en cada situación si la otra parte era o no un consumidor. Se dijo que en ese caso el apartado a) del proyecto de artículo 2 estipulaba con claridad que las disposiciones del proyecto de convención serían aplicables cuando la finalidad personal o doméstica de una operación no fuera evidente para la otra parte. Sin embargo se argumentó que el hecho de que en el apartado a) del proyecto de artículo 3 se diera preferencia a las normas de protección del consumidor menoscababa el beneficio de la certeza jurídica. Una opinión opuesta fue que el apartado a) del proyecto de artículo 3 era indispensable para salvaguardar los derechos del consumidor, dadas las consecuencias jurídicas del texto entre corchetes del apartado a) del proyecto de

artículo 2. Ante el conflicto evidente que planteaba la protección de los intereses de cada una de las partes, el Grupo de Trabajo determinó que la mejor manera de dar certeza jurídica era disponer una exclusión inequívoca en el apartado a) del proyecto de artículo 2 suprimiendo el texto entre corchetes. El Grupo de Trabajo convino en que el apartado a) del proyecto de artículo 3 había pasado a ser redundante y por lo tanto convenía suprimirlo.

Apartados b) a d)

117. El Grupo de Trabajo opinó que los apartados b) a d) del proyecto de artículo 3 eran innecesarios, habida cuenta de que las disposiciones del proyecto de convención no abarcaban los temas de que trataban. En consonancia con esa observación, el Grupo de Trabajo decidió suprimirlos en su totalidad.

118. Basándose en sus deliberaciones sobre los apartados a) a d), el Grupo de Trabajo decidió suprimir el proyecto de artículo.

Artículo 4. Autonomía de las partes

119. El texto del proyecto de artículo era:

> "Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos [salvo en los siguientes casos: ...]."

120. El Grupo de Trabajo expresó preferencia por que la autonomía de las partes se aplicara de forma incondicional y se convino en suprimir las excepciones a su aplicación enumeradas en el texto entre corchetes. Al respecto se expresó preocupación en el sentido de que no debía interpretarse que la autonomía de las partes autorizaba a una parte a establecer excepciones a los requisitos de forma imperativos previstos en el ordenamiento interno ni hacer menos estrictos los criterios de equivalencia funcional enunciados en el artículo 9 del proyecto de convención.

121. Frente a esa opinión se argumentó que sólo se pretendía que el proyecto de convención previera criterios de equivalencia funcional con objeto de que se cumplieran los requisitos generales de forma y que no afectaba a las reglas imperativas que exigían, por ejemplo, la utilización de determinados métodos de autenticación en un contexto particular. En todo caso, los Estados podrían formular declaraciones al respecto en virtud del artículo X.

122. En cuanto a los requisitos generales de forma, se pretendía que las disposiciones del proyecto de convención facilitaran las cosas. Las consecuencias de que las partes utilizaran un método distinto sería simplemente que no se ajustarían a los requisitos de forma enunciados en el proyecto de artículo 9. Pese a ello se reconoció que tal vez cabría examinar la cuestión en el contexto del proyecto de artículo 9.

123. Se sugirió que en el proyecto de artículo 4 se especificara también la forma en que las partes podían establecer excepciones a las disposiciones del proyecto de convención. Se dijo, en particular, que el proyecto de artículo debería aclarar que las excepciones podían hacerse por exclusión explícita o implícita, por ejemplo, con

arreglo a una disposición contractual que fuera contraria a las disposiciones del proyecto de convención. Si bien se expresaron algunas reservas respecto de esa propuesta, el Grupo de Trabajo aceptó la posibilidad de examinarla y de agregar entre corchetes un nuevo texto al respecto.

124. Se señaló que un estudio sobre la práctica contractual en materia de excepciones a la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa podría facilitar las deliberaciones del Grupo de Trabajo en la materia.

G. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 43º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: Disposiciones para un proyecto de convención Nota de la Secretaría

(A/CN.9/WG.IV.WP.108) [Original: inglés]

1. El Grupo de Trabajo comenzó sus deliberaciones sobre la contratación electrónica en su 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002), en el que examinó una nota de la Secretaría sobre determinadas cuestiones relativas a la contratación electrónica (A/CN.9/WG.IV/WP.95). Dicha nota contenía también un proyecto inicial, provisionalmente titulado "Anteproyecto de convención sobre contratos [internacionales] celebrados o probados por mensajes de datos" (A/CN.9/WG.IV/WP.95, anexo I).

2. En esa ocasión, el Grupo de Trabajo intercambió opiniones en general acerca de la forma y el alcance del instrumento, pero convino en postergar el examen de lo que se excluiría del proyecto de convención hasta que se hubieran estudiado las disposiciones relativas a la ubicación de las partes y la formación de los contratos (véase A/CN.9/509, párrs. 18 a 40). El Grupo de Trabajo examinó entonces los artículos 7 y 14, ambos referidos a cuestiones relacionadas con la ubicación de las partes (véase A/CN.9/509, párrs. 41 a 65). Después de haber concluido su examen inicial de esas disposiciones, el Grupo de Trabajo abordó las disposiciones relativas a la formación de los contratos de los artículos 8 a 13 (véase A/CN.9/509, párrs. 66 a 121). El Grupo de Trabajo finalizó sus deliberaciones sobre el proyecto de convención en ese período de sesiones debatiendo el proyecto de artículo 15 sobre la disponibilidad de las condiciones contractuales (véase A/CN.9/509, párrs. 122 a 125). El Grupo de Trabajo convino en esa ocasión en que examinaría los artículos 2 a 4, que trataban del ámbito de aplicación del proyecto de convención, y los artículos 5 (definiciones) y 6 (Interpretación) en su 40º período de sesiones (véase A/CN.9/509, párr. 15).

3. El Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones sobre el anteproyecto de convención en su 40º período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002). Comenzó sus deliberaciones con un debate general sobre el alcance del anteproyecto de convención (véase A/CN.9/527, párrs. 72 a 81). El Grupo de Trabajo pasó a examinar los artículos 2 a 4, relativos al ámbito de aplicación del proyecto de convención y los artículos 5 (Definiciones) y 6 (Interpretación) (véase A/CN.9/527, párrs. 82 a 126).

4. Ulteriormente, la Secretaría preparó una versión revisada del anteproyecto de convención (A/CN.9/WG.IV/WP.100, anexo I). El Grupo de Trabajo examinó los artículos 1 a 11 del anteproyecto de convención revisado (véase A/CN.9/528, párrs. 26 a 151), en su 41º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003). Se pidió a la Secretaría que preparara una nueva versión revisada del anteproyecto de convención para su examen por el Grupo de Trabajo en su 42º período de sesiones.

5. En su 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003), el Grupo de Trabajo celebró un debate general sobre el alcance del anteproyecto de convención (véase A/CN.9/546, párrs. 33 a 38). El Grupo de Trabajo tomó nota de que la Cámara de Comercio Internacional había establecido un grupo especial de expertos con el propósito de que elaboraran disposiciones contractuales y un documento de orientación sobre cuestiones jurídicas relacionadas con el comercio electrónico, provisionalmente denominadas cláusulas contractuales "E-terms 2004". El Grupo de Trabajo consideró que la labor de ese grupo especial complementaba provechosamente su propia elaboración en curso de una convención internacional. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el texto revisado del anteproyecto de convención (A/CN.9/WG.IV/WP.103, anexo I). Trató los artículos 8 a 15 y pidió que se efectuaran varias modificaciones (véase A/CN.9/546, párrs. 39 a 135).

6. El anexo de la presente nota contiene la versión del anteproyecto de convención recientemente revisada, en la que se recogen las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones anteriores.

Anexo[1]

Anteproyecto de convención[2] sobre la utilización de mensajes de datos en [el comercio internacional] [el contexto de los contratos internacionales]

CAPÍTULO I. ESFERA DE APLICACIÓN

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. La presente Convención se aplicará a la utilización de mensajes de datos en relación con un contrato existente o previsto entre partes cuyos establecimientos estén en Estados diferentes:

Variante A[3]

a) Cuando los Estados sean Estados Contratantes;

b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante; o[4]

---

[1] El número que figura entre corchetes a continuación del número de artículo remite al número de artículo correspondiente de la versión anterior del proyecto de convención (A/CN.9/WG.IV/WP.103, anexo).

[2] La forma actual de una convención constituye únicamente una hipótesis de trabajo (véase A/CN.9/484, párr. 124) y no prejuzga la decisión final que el Grupo de Trabajo pueda adoptar sobre la naturaleza del instrumento.

[3] El ámbito de aplicación del proyecto de convención que se prevé en esta variante es básicamente el mismo que el de las versiones anteriores. Si un Estado Contratante invocara conjuntamente esta variante y la variante A del proyecto de artículo Y, dejaría sentado que las disposiciones del proyecto de convención se aplican al intercambio de mensajes que se rige por todo otro instrumento internacional al que allí se alude, a la vez que conservaría la posibilidad de excluir la aplicación de determinados instrumentos, o de incluir la aplicación de otros, si lo considerara oportuno.

[4] Este párrafo reproduce una regla que aparece en las disposiciones sobre el ámbito de aplicación de otros instrumentos de la CNUDMI. Hubo objeciones con respecto a dicha regla, debido a que

c) Cuando las partes hayan convenido en que se aplique[5].

Variante B[6]

... cuando esos Estados sean partes en la presente Convención y los mensajes de datos se utilicen en relación con un contrato existente o previsto al cual, con arreglo a la legislación de dichos Estados Parte, deba aplicarse uno de los siguientes convenios o convenciones internacionales:

La Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y su Protocolo (Viena, 11 de abril de 1980)

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980)

El Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional (Viena, 19 de abril de 1991)

La Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 11 de diciembre de 1995)

La Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 12 de diciembre de 2001).

2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre las partes, ni de la información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato.

3. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o mercantil de las partes o del contrato.

---

esa extensión, intrínsecamente *ex post facto*, del ámbito de aplicación de la convención reduciría notablemente la seguridad en el momento de la contratación (véase A/CN.9/509, párr. 38). En su 41º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en mantener el apartado (véase A/CN.9/528, párr. 42). Si se mantiene el proyecto de párrafo, el Grupo de Trabajo tendría todavía que examinar si se permiten las reservas expresadas con respecto a esta regla, como se propuso en su 42º período de sesiones (véase A/CN.9/528, párr. 42). Véase también el párrafo 1 del proyecto de artículo X.

[5] Esta posibilidad se prevé, por ejemplo, en el párrafo 2) del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente. El Grupo de Trabajo aplazó una decisión sobre este apartado hasta que hubiera examinado toda la parte dispositiva del proyecto de convención (véase A/CN.9/528, párrs. 43 y 44). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si existe la posibilidad de que los Estados Contratantes excluyan esta disposición mediante una declaración hecha a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1del proyecto de artículo X.

[6] En esta variante se recoge la variante 1 de una propuesta que Alemania presentó al Grupo de Trabajo en su 42º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/XLII/CRP.2). Su efecto práctico sería circunscribir la aplicabilidad del proyecto de convención sólo al intercambio de mensajes previsto en los instrumentos mencionados anteriormente y dar la posibilidad a los Estados Contratantes de disponer determinadas exclusiones con arreglo a la variante C del proyecto de artículo Y.

Artículo 2. Exclusiones[7]

La presente Convención no se aplicará a la utilización de los mensajes de datos [en relación con los siguientes contratos, bien sean existentes o previstos] [en el contexto de la formación o ejecución de los siguientes contratos]:

a) Los contratos celebrados para fines personales, familiares o domésticos [salvo que la parte que ofrezca los bienes o servicios no supiera ni debiera haber sabido, en cualquier momento previo a la celebración del contrato o en el momento de su celebración, que estaban destinados a dicho uso[8]];

[b) Los contratos por lo que se autorice un uso limitado de derechos de propiedad intelectual[9]];

c) [*Otras exclusiones que el Grupo de Trabajo tal vez decida añadir*[10].] [Otras cuestiones señaladas por un Estado Contratante en el marco de una declaración hecha de conformidad con el artículo X[11]].

---

[7] En la última versión de este proyecto de artículo figuraban dos variantes que reflejaban dos enfoques posibles del régimen que se aplica a los contratos con consumidores. La variante A excluía los contratos con consumidores utilizando la misma técnica que se emplea en el apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa). La variante B remitía al derecho interno sobre cuestiones relativas a la protección del consumidor, sin excluir las operaciones con consumidores del proyecto de convención (véase A/CN.9/527, párr. 89; véase también A/CN.9/528, párrs. 51 a 54). Esta versión del proyecto de artículo conserva únicamente la antigua variante A. La antigua variante B se ha incluido en el proyecto de artículo 3 por ser su contenido actual más semejante al de dicho artículo. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que todo el proyecto de artículo podría resultar redundante si el Grupo de Trabajo definiera el ámbito de aplicación del proyecto de convención en los términos de la variante C del proyecto de artículo 1; de ser así, el proyecto de convención se aplicaría sólo al intercambio de mensajes de datos que quedara comprendido en los ámbitos de aplicación de esos instrumentos internacionales, conforme a las propias reglas que determinen el ámbito de aplicación de cada uno de ellos.

[8] El final del texto figura entre corchetes, habida cuenta de que en el 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó cierto apoyo a la propuesta de suprimir todo el texto que sigue al término "domésticos" (véase A/CN.9/528, párr. 52).

[9] Esta exclusión figura entre corchetes, ya que el Grupo de Trabajo no ha llegado a un acuerdo al respecto (véase A/CN.9/527, párrs. 90 a 93 y A/CN.9/528, párrs. 55 a 60). El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual estima que no es necesario incorporar una cláusula de exclusión respecto de los contratos que traten de derechos de propiedad intelectual (véase A/CN.9/WG.IV/WP.106, párr. 2).

[10] En este proyecto de artículo cabría incluir otras exclusiones, si así lo decide el Grupo de Trabajo. En el Anexo II del proyecto inicial (A/CN.9/WG.IV/WP.95) se reprodujeron, con fines ilustrativos y sin pretensiones de exhaustividad, exclusiones que se suelen encontrar en las leyes nacionales sobre comercio electrónico. Otras exclusiones que se habían propuesto en el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo y reiterado en su 41º período de sesiones se referían a ciertos mercados de servicios financieros estrictamente reglamentados, y sujetos a prácticas, acuerdos marco, u otros regímenes especiales. Entre las exclusiones figuraban los sistemas de pago, títulos negociables, operaciones con derivados, permutas financieras, acuerdos de recompra (*repos*), cambio de divisas, y los mercados bursátiles, y tal vez estuvieran incluidas las operaciones de contratación general de los bancos y las de crédito financiero (véanse A/CN.9/527, párr. 95 y A/CN.9/528, párr. 61). Entre las exclusiones propuestas en el 41º período de sesiones figuraban también las "operaciones relativas a bienes raíces, así como

Artículo 3. Materias que no se rigen por la presente Convención[12]

La presente Convención no afecta ni deroga[13] norma jurídica alguna relativa a:

[a) La protección del consumidor[14];]

b) La validez del contrato ni de ninguna de sus estipulaciones, como tampoco a la de cualquier uso del comercio [, salvo que se haya dispuesto otra cosa en los artículos [...][15]];

c) Los derechos y obligaciones de las partes nacidos del contrato o de alguna de sus estipulaciones, o de cualquier uso del comercio[16]; o

d) Los efectos que el contrato pueda tener sobre la titularidad de los derechos creados o transferidos por el contrato[17].

---

los contratos en los que intervenía alguna autoridad pública o judicial, y todo acto jurídico relativo al derecho de familia y al derecho de sucesiones" (véase A/CN.9/528, párr. 63). El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota, en ese contexto, de que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su 36º período de sesiones, decidió reemprender su labor relativa a la contratación pública, en particular la contratación por medios electrónicos (véase A/58/17, párrs. 225 a 230). Esto podría suponer que una exclusión indiscriminada de "los contratos en los que intervenga alguna autoridad pública o judicial" no sería procedente.

[11] Se ofrece aquí una variante que eliminaría la necesidad de una lista común de exclusiones (véase A/CN.9/527, párr. 96).

[12] El Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que todo proyecto de artículo podría resultar redundante si el Grupo de Trabajo definiera el ámbito de aplicación del proyecto de convención en los términos de la variante C del proyecto de artículo 1; de ser así, el proyecto de convención se aplicaría sólo al intercambio de mensajes de datos que quedara comprendido en los ámbitos de aplicación de esos instrumentos internacionales, conforme a las propias reglas que determinen el ámbito de aplicación de cada uno de ellos.

[13] El nuevo enunciado recoge una propuesta hecha en el 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo, según la cual las palabras utilizadas anteriormente ("La presente Convención no concierne") eran imprecisas (véase A/CN.9/528, párr. 67).

[14] El proyecto de apartado a) figura entre corchetes ya que, en ciertos aspectos, representa una alternativa al apartado a) del proyecto de artículo 2 (véase A/CN.9/528, párr. 52). A tenor de esta regla, las operaciones con consumidores no quedarían automáticamente excluidas del ámbito del proyecto de convención, pero sus disposiciones no sustituirían la normativa de derecho interno protectora del consumidor ni la afectarían.

[15] El proyecto de apartado b) se inspira en el apartado a) del artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la relación que pueda haber entre las exclusiones genéricas del proyecto de artículo y otras disposiciones en donde se afirma, por ejemplo, la validez de los mensajes de datos, como en los proyectos de artículo 8, 9 y 12 (véase A/CN.9/527, párr. 103).

[16] El anteproyecto de convención no concierne a cuestiones sustantivas emanadas del contrato, que, a todos los demás efectos, sigue sujeto al derecho aplicable (véase A/CN.9/527, párrs. 10 a 12). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si esta disposición aún es necesaria, habida cuenta de que la regla enunciada en el apartado podría deducirse de todas maneras del limitado ámbito de aplicación del proyecto de convención.

[17] El proyecto de apartado d) se basa, *mutatis mutandis*, en el apartado b) del artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Independientemente de lo que decida acerca de los proyectos de artículo 1 e Y, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si esta disposición aún es necesaria, habida cuenta de que la regla enunciada en el apartado podría deducirse de todas maneras del limitado ámbito de aplicación del proyecto de convención.

Artículo 4. Autonomía de las partes

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos [salvo en los siguientes casos: ...][18].

CAPÍTULO II. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 5. Definiciones[19]

Para los fines de la presente Convención:

a) Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

b) Por "intercambio electrónico de datos (EDI)" se entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto;

c) Por "iniciador" de un mensaje de datos se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje[20], haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado, para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él;

d) Por "destinatario" de un mensaje de datos se entenderá la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él;

e) Por "sistema de información" se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos[21];

---

[18] El Grupo de Trabajo ha de considerar si resulta apropiada o conveniente alguna limitación del principio de la autonomía de las partes en el contexto del anteproyecto de convención, habida cuenta en particular de disposiciones como el párrafo 3 del proyecto de artículo 9 y los proyectos de artículo 11 y 15 (véase A/CN.9/527, párr. 109; véase también A/CN.9/528, párrs. 71 a 75). En la versión anterior de este artículo figuraba un segundo párrafo que trataba del consentimiento de las partes relativo a la utilización de mensajes de datos en un contexto contractual. Aquella disposición se ha fusionado ahora con el proyecto de artículo 8.

[19] Las definiciones que figuran en los proyectos de párrafos a) a e) proceden del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. La definición de "firma electrónica" reproduce la que ya figura en el artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas. Se han suprimido las definiciones de "oferente" y "destinatario de la oferta", pese a que el Grupo de Trabajo había decidido mantenerlas provisionalmente (véase A/CN.9/527, párr. 115). La Secretaría desea señalar que, en vista de la reformulación de los proyectos de artículo 8 y 13, dichos términos resultan superfluos (véase A/CN.9/528, párr. 106).

[20] El enunciado de esta definición procede del apartado c) del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Se ha sugerido a la Secretaría que podría ser preferible suprimir la palabra "*purports*" ("a tenor del mensaje") dejando, en principio, el resto de la definición con su texto actual.

[21] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si esta definición precisa de alguna aclaración, habida cuenta de las dudas suscitadas en relación con el párrafo 2 del antiguo artículo 11 (el actual artículo 10) (véanse A/CN.9/528, párrs. 148 y 149, y A/CN.9/546, párrs. 59 a 80).

f) Por "sistema de información automatizado" se entenderá todo programa informático o todo medio electrónico o automatizado de otra índole que se utilice total o parcialmente para iniciar una acción o para responder a un mensaje de datos o a una operación, sin que haya de examinar o intervenir en su funcionamiento una persona física cada vez que el sistema inicie una acción o genere una respuesta[22];

[g) Por "firma electrónica" se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al tenedor de los datos de creación de la firma en relación con el mensaje de datos e indicar que esa persona aprueba la información contenida en el mensaje de datos[23]];

[h) Por "establecimiento"[24] se entenderá [todo lugar de operaciones donde una persona ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios[25];] [el lugar donde una parte mantiene un establecimiento fijo para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar[26];]

---

[22] Esa definición se basa en la definición de "agente electrónico" que figura en el párrafo 6) del artículo 2 de la Ley Uniforme de las operaciones electrónicas de los Estados Unidos de América; también se emplea una definición similar en el artículo 19 de la Ley Uniforme del Comercio Electrónico del Canadá. Se incluyó la definición habida cuenta del contenido del proyecto de artículo 14.

[23] El proyecto inicial contenido en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.95 incluía, como variante de esta disposición, una definición genérica de "firma". Aunque el Grupo de Trabajo convino provisionalmente en mantener ambas variantes, la Secretaría sugiere que podría ser más adecuado, habida cuenta del alcance limitado del proyecto de convención, definir sólo el concepto de "firma electrónica", dejando la definición de "firma" para la ley por lo demás aplicable, como se sugirió en el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/527, párrs. 116 a 119).

[24] La definición propuesta figura entre corchetes en vista de que la Comisión no ha definido, hasta la fecha, el concepto de "establecimiento" (véase A/CN.9/527, párrs. 120 a 122). En el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que debía extenderse el alcance de las reglas sobre la ubicación de las partes para incluir elementos como el lugar de constitución o sede social de una sociedad mercantil (véase A/CN.9/509, párr. 53). El Grupo de Trabajo decidió que la conveniencia de añadir ciertos criterios suplementarios de los ya utilizados para definir la ubicación de las partes podría ser atendida ampliando la definición de establecimiento (véase A/CN.9/509, párr. 54). Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si los conceptos adicionales propuestos y cualesquiera otros elementos nuevos deberían facilitarse como alternativa a los elementos actualmente utilizados o sólo como regla de derecho supletorio para las entidades sin un "establecimiento". Otros casos que podrían merecer nuevo examen por el Grupo de Trabajo incluirían situaciones en que el componente más importante de los medios humanos o de los bienes o servicios utilizados por una determinada empresa se encuentre en un lugar que guarde escasa relación con el centro de actividades de dicha empresa, como cuando el único equipo y personal utilizado por una llamada "empresa virtual" situada en un país consista en espacio arrendado en el servidor informático de un tercero situado en algún otro lugar.

[25] Esta opción recoge los elementos esenciales de los conceptos de "establecimiento" ("place of business"), tal y como se entiende en la práctica mercantil internacional, y de "establecimiento" ("establishment"), utilizado en el apartado f) del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

[26] Esta opción se ajusta al sentido que se da a este término en la Unión Europea (véase el párrafo19 del preámbulo de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea).

[i) Los términos "persona" y "parte" abarcan a personas físicas y jurídicas[27];]

[j) Toda otra definición que el Grupo de Trabajo desee añadir[28].]

Artículo 6. Interpretación

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

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con el derecho aplicable [en virtud de las normas del derecho internacional privado[29]].

Artículo 7. Ubicación de las partes[30]

1. Para los fines de la presente Convención, se presumirá que el establecimiento de una persona está en el lugar por ella indicado [, salvo que dicha persona no tenga un establecimiento en ese lugar] [[y] salvo que esa indicación se haga con la exclusiva finalidad de provocar o evitar la aplicación de la presente Convención].

2. Si una persona [no ha indicado un establecimiento o, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, una persona[31]] tiene más de un

---

[27] Durante la preparación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico se opinó que dicha definición no debía figurar en el propio texto del instrumento, sino en la guía para su incorporación al derecho interno. Dado que una convención no suele ir acompañada de observaciones extensas, la definición propuesta se ha incluido en el propio texto de la convención para el caso de que el Grupo de Trabajo considere necesaria dicha definición, habida cuenta, en particular, de disposiciones como el inciso b) del apartado 4 de la variante B del proyecto de artículo 9.

[28] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si deben incluirse las definiciones de otros términos, como, por ejemplo, "signatario" (si se aprueba la variante B del proyecto de artículo 10 (anteriormente, proyecto de artículo 14)), "aplicaciones interactivas", "correo electrónico" o "nombre de dominio".

[29] Este texto se ha colocado entre corchetes a solicitud del Grupo de Trabajo. Formulaciones similares de otros instrumentos se habían interpretado incorrectamente en el sentido de que autorizaban la remisión directa al derecho aplicable conforme a la normativa de conflictos de leyes del Estado del foro, aplicable a las convenciones, sin tener en cuenta la propia normativa de conflictos de leyes enunciada en la convención (véase A/CN.9/527, párrs. 125 y 126).

[30] El proyecto de párrafo no pretende crear un nuevo concepto de "establecimiento" para el mundo informático. Los textos entre corchetes tienen por objeto impedir que una parte pueda beneficiarse de declaraciones manifiestamente inexactas o falsas (véase A/CN.9/509, párr. 49), pero sin limitar la capacidad de las partes para acogerse al régimen de la Convención o convenir de otro modo en el derecho aplicable. Las dos variantes que figuraban anteriormente en el proyecto de párrafo se han fusionado, ya que el Grupo de Trabajo prefirió la antigua variante A (véase A/CN.9/528, párr. 88). Se han suprimido las palabras "obvio y manifiesto", que el Grupo que Trabajo consideró que podrían ser fuente de inseguridad jurídica (véase A/CN.9/528, párr. 86).

[31] Se ha sugerido a la Secretaría que la presunción contemplada en el proyecto de artículo podría aplicarse también en el caso de que una parte no indicara el lugar donde se encontraba su

establecimiento, su establecimiento a efectos de la presente Convención será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

3. Si una persona no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.

4. El lugar de ubicación del equipo y la tecnología que mantienen un sistema de información empleado por una persona para la formación de un contrato o el lugar desde el que otras personas puedan obtener acceso a dicho sistema de información no constituyen de por sí un establecimiento [, salvo que esa persona jurídica no tenga un establecimiento [en el sentido del apartado h] del artículo 5[32]]].

5. El mero hecho de que una persona haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculada a un país concreto no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en dicho país[33].

Artículo 7bis [11]. Requisitos de información

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a la aplicación de norma jurídica alguna en virtud de la cual las partes deban revelar su identidad, la ubicación de su establecimiento u otros datos, ni eximirá de consecuencias jurídicas a una parte que haya hecho a este respecto declaraciones inexactas o falsas.

---

establecimiento. Esta propuesta va entre corchetes, habida cuenta de que la presunción contemplada en el proyecto de artículo se ha utilizado en otros instrumentos de la CNUDMI únicamente en relación con establecimientos múltiples.

[32] El proyecto de párrafo refleja el principio de que las reglas de ubicación no deben dar lugar a que se pueda considerar que cierta persona tiene su establecimiento en un determinado país cuando celebra contratos electrónicamente y en otro país distinto cuando lo hace por medios más tradicionales (véase A/CN.9/484, párr. 103). El proyecto de párrafo se ajusta a la solución propuesta en el párrafo 19 del preámbulo de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea (véase también el resumen acerca de las cuestiones relacionadas con la ubicación de los sistemas de información en A/CN.9/WGIV/WP.104, párrs. 9 a 17). La frase entre corchetes se refiere únicamente a las denominadas "empresas virtuales", no a las personas físicas, de las que trata la regla enunciada en el proyecto de párrafo 3. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si los proyectos de párrafo 4 y 5, que el Grupo de Trabajo convino en mantener para su ulterior examen, deberían fusionarse en una sola disposición (véase A/CN.9/509, párr. 59).

[33] El sistema actual de asignación de nombres de dominio no se concibió en un principio con criterio geográfico. Por lo tanto, el aparente vínculo entre un nombre de dominio y un país no basta por sí solo para llegar a la conclusión de que existe un vínculo auténtico y permanente entre el usuario del nombre de dominio y el país (véase A/CN.9/509, párrs. 44 a 46; véase también A/CN.9/WG.IV/WP.104, párrs. 18 a 20). Sin embargo, en algunos países, la asignación de un nombre de dominio se hace únicamente tras verificar la exactitud de la información facilitada por el solicitante, incluida su ubicación en el país con el que ese nombre guarda relación. Respecto de esos países, tal vez convendría remitir, al menos en parte, al nombre de dominio para los fines del artículo 7, contrariamente a lo que se sugería en el proyecto de párrafo (véase A/CN.9/509, párr. 58). Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si las normas propuestas deberían ampliarse para tratar de esas situaciones.

CAPÍTULO III. UTILIZACIÓN DE MENSAJES DE DATOS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Artículo 8. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos

1. Cuando una comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud que una de las partes deba o decida hacer en relación con un contrato existente o previsto, así como una oferta o la aceptación de dicha oferta, se transmita por medio de un mensaje de datos, no se negará validez ni fuerza obligatoria a tal comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud por la sola razón de haberse utilizado para dicho fin un mensaje de datos.

[2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención hace que una persona esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de mensajes de datos, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta[34]].

Artículo 9. Requisitos de forma

[1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención exige que un contrato o cualquier otra comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud que una de las partes deba o decida hacer en relación con un contrato existente o previsto tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular[35].]

2. Cuando la ley requiera que un contrato, o cualquier otra comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud que una de las partes deba o decida hacer en relación con un contrato, conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta[36].

3. Cuando la ley requiera que un contrato, o cualquier otra comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud que una de las partes deba o decida hacer en relación con un contrato, vaya firmado, o cuando la ley asigne ciertas consecuencias a la ausencia de una firma, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si:

a) se utiliza algún método para identificar a dicha persona y para indicar que dicha persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y

---

[34] Esta disposición refleja la idea de que no se debe forzar a ninguna de las partes a aceptar ofertas contractuales, ni actos de aceptación de su propia oferta, por vía electrónica, si no lo desean (véase A/CN.9/527, párr. 108). Sin embargo, dado que no se pretende que la disposición establezca que las partes siempre tengan que aprobar de antemano la utilización de mensajes de datos, en la segunda oración se prevé que la conformidad de una parte a efectuar operaciones por vía electrónica podrá inferirse de su conducta. Se ha sustituido el término "consentimiento" por la expresión "su conformidad al respecto" para que no se interprete erróneamente que el proyecto de artículo remite al concepto de consentimiento de la operación subyacente (véase A/CN.9/546, párr. 43).

[35] Esta disposición incorpora el principio general de la libertad de forma enunciado en el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, conforme se sugirió en el 42º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/546, párr. 49).

[36] Esta disposición enuncia los criterios que han de satisfacerse para que pueda reconocerse la equivalencia funcional entre un mensaje de datos y un documento consignado sobre papel, en términos similares a los del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar el significado de los términos "la ley" y "por escrito", y si convendría definir dichos términos (véase A/CN.9/509, párrs. 116 y 117).

b) el método utilizado es no sólo fiable sino además apropiado para los fines para los que se generó o se comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, así como de cualquier acuerdo aplicable[37].

Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y recepción de un mensaje de datos[38]

1. El mensaje de datos se habrá expedido en el momento en que dicho mensaje [entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador] [salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador] o, cuando el mensaje no haya [entrado en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador] [salido de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador], en el momento en que se reciba dicho mensaje.

2. El mensaje de datos se habrá recibido en el momento en que sea susceptible de ser recuperado por el destinatario o por cualquier otra persona designada por éste. Se presumirá que un mensaje de datos es susceptible de ser recuperado por su destinatario cuando entre en un sistema de información del destinatario, salvo que no sea razonable que el iniciador haya optado por ese determinado sistema de información para enviar su mensaje de datos, habida cuenta de las circunstancias del caso y del contenido del mensaje de datos.

3. El mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo, como se determine de conformidad con el artículo 7.

4. El párrafo 2 del presente artículo será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje conforme al párrafo 3 del presente artículo.

---

[37] En el proyecto de párrafo se enumeran los criterios generales para la equivalencia funcional entre la firma manuscrita y los métodos electrónicos de identificación a los que se refiere el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

[38] En las versiones anteriores del proyecto de artículo se reproducía más textualmente el enunciado del artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, con algunos ajustes para armonizar su estilo con el utilizado en otras partes del proyecto de convención. En el enunciado actual se recogen los resultados de las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 42º período de sesiones (véase A/CN.9/546, párrs. 59 a 86). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el nuevo enunciado, en particular el proyecto de párrafo 2, a fin de cerciorarse de que su efecto concuerda con el artículo 15 de la Ley Modelo.

Artículo 11 [12]. Invitaciones para presentar ofertas[39]

Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de uno o más mensajes de datos que no vaya dirigida a una o varias personas determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda persona que haga uso de un sistema de información, así como toda propuesta que haga uso de una aplicación interactiva[40] para hacer pedidos a través de dicho sistema, se considerará como una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la persona que presenta la propuesta de quedar obligado por su oferta en caso de que sea aceptada.

Artículo 12 [14]. Empleo de sistemas de información automatizados para la formación del contrato[41]

No se negará validez ni fuerza obligatoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema de información automatizado y una persona, o por la interacción entre sistemas de información automatizados, por la simple razón de que ninguna persona haya revisado cada uno de los distintos actos realizados por dichos sistemas o el acuerdo resultante de tales actos.

---

[39] Esta disposición trata de una cuestión que ha sido objeto de prolongado debate. En el 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo se señaló que "no existía en la actualidad una práctica comercial uniforme al respecto" (véase A/CN.9/528, párr. 117). El texto actual deriva del párrafo 1) del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y en él se ratifica el principio de que las propuestas de celebración de un contrato dirigidas a un número ilimitado de personas no constituyen ofertas vinculantes, aun cuando conlleven la utilización de aplicaciones interactivas. No obstante, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si debería formularse alguna regla más específica para regular las ofertas de bienes presentadas en plataformas de subasta por Internet y otras operaciones similares que, en muchos ordenamientos jurídicos, son consideradas como ofertas vinculantes para la venta de bienes al mejor postor.

[40] En el 42º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que la expresión "sistema de información automatizado", que se había utilizado en versiones anteriores del proyecto de artículo, no transmitía una orientación válida, dado que la parte que hiciera un pedido tal vez no dispusiera de medios para enterarse del modo en que se tramitaría el pedido ni el grado de automatización del sistema de información. Se consideró que el concepto de "aplicación interactiva" era a su vez una expresión objetiva que describía mejor una situación evidente para toda persona que tuviera acceso al sistema, a saber, que se le instaba a intercambiar información a través de ese sistema mediante acciones y respuestas inmediatas que tenían toda la apariencia de la automaticidad. Se observó que no se trataba de un término jurídico, sino de un término técnico que ponía de relieve que la disposición se centraba en lo que era evidente para la parte que activaba el sistema, no en la manera en que el sistema funcionaba internamente. Sobre esa base, el Grupo de Trabajo convino en mantener la expresión "aplicación interactiva" (véase A/CN.9/546, párr. 114).

[41] Este párrafo se modificó imprimiéndole el carácter de norma no discriminatoria, como lo solicitó el Grupo de Trabajo en su 42º período de sesiones (véase A/CN.9/546, párrs. 128 y 129). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si conviene complementar esta disposición con una disposición general sobre la atribución de mensajes de datos, inclusive la atribución de los mensajes de datos intercambiados mediante sistemas de información automatizados (véase A/CN.9/546, párrs. 85 y 86, y 125 a 127).

[Artículo 13 [15]. Disponibilidad de las condiciones contractuales

[Variante A[42]

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a la aplicación de regla de derecho alguna en virtud de la cual una parte que negocie un contrato mediante el intercambio de mensajes de datos deba poner a disposición de la otra parte contratante de una determinada manera los mensajes de datos que contengan las condiciones del contrato, ni eximirá a una parte que no lo haga de las consecuencias jurídicas de su incumplimiento.]

[Variante B[43]

Toda persona que ofrezca bienes o servicios por medio de un sistema de información, que sea normalmente accesible a toda persona que haga uso de un sistema de información[44], deberá poner a disposición de la otra parte [por un período razonable de tiempo] el mensaje o los mensajes de datos que contengan las condiciones del contrato[45], y deberá hacerlo de alguna forma que permita su archivo y reproducción.]

---

[42] Esta variante se añadió en cumplimiento de una solicitud formulada por el Grupo de Trabajo a raíz de la controversia suscitada por el proyecto de artículo (véase A/CN.9/546, párrs. 130 a 135). Si se mantiene sólo esta variante, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de trasladar el proyecto de artículo al capítulo I o II del proyecto de convención o incluso de fusionarlo con el actual proyecto de artículo 3.

[43] Esta variante, que se basa en el párrafo 3 del artículo 10 de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea, aparece entre corchetes porque no hubo consenso en el Grupo de Trabajo sobre la necesidad de esta disposición (véanse A/CN.9/509, párrs. 123 a 125 y A/CN.9/546, párrs. 130 a 135). Si se mantiene la disposición, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si el proyecto de artículo debe prever alguna consecuencia para el supuesto de que una parte no facilite a la otra las condiciones del contrato, y qué sanción sería adecuada. En algunos ordenamientos jurídicos la sanción sería que no cabrá invocar frente a la otra parte ninguna condición contractual que no le haya sido facilitada.

[44] Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si esas palabras describen adecuadamente los tipos de situaciones que el Grupo de Trabajo se propone abordar en el proyecto de artículo.

[45] Se ha suprimido el texto “y las condiciones generales” por estimarse superfluo. Sin embargo, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la disposición debe redactarse en términos más explícitos en lo referente a la versión de las condiciones contractuales que deberá mantenerse.

Artículo 14 [16]. Error en las comunicaciones electrónicas

Variante A[46]

[Salvo acuerdo [expreso] en contrario de las partes[47],] el contrato celebrado por una persona que acceda al sistema de información automatizado de otra persona no surtirá efecto alguno ni será ejecutorio si el iniciador cometió un error en su mensaje de datos y si[48]:

a) El sistema de información automatizado no brindó oportunidad alguna al iniciador para prevenir o rectificar su error;

b) El iniciador notifica su error a la otra parte, tan pronto como sea posible tras percatarse de su error, y hace saber que ha cometido un error en el mensaje de datos;

[c) El iniciador toma toda medida razonable, así como toda medida que responda a las instrucciones de la otra parte de devolver los bienes o servicios recibidos, de haber alguno, como consecuencia del error o, si se le ordena hacerlo, de destruir dichos bienes o servicios; y si

[46] Este proyecto de párrafo trata de la cuestión de los errores en las operaciones automatizadas (véase A/CN.9/WG.IV/WP.95, párrs. 74 a 79). Las versiones anteriores del proyecto de párrafo recogían, en la variante A del párrafo 1, una regla basada en el párrafo 2 del artículo 11 de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea, que crea la obligación para las personas que ofrecen bienes o servicios por medio de sistemas de información automatizados, de ofrecer los medios requeridos para rectificar todo error que ocurra en la introducción de los datos y que exige que dichos medios sean "apropiados, eficaces y accesibles". El proyecto de artículo fue básicamente objeto de dos tipos de críticas: por un lado, que el proyecto de convención no debía abarcar una cuestión sustantiva compleja como la de los errores y faltas, sobre la que el Grupo de Trabajo aún no había adoptado una decisión definitiva; por otro lado, que las obligaciones contempladas en el párrafo 2 del artículo 14 de la primera versión del proyecto de convención (que figura en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.95) eran cuestiones de índole reglamentaria o de derecho administrativo interno (véase A/CN.9/509, párr. 108). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si cabe responder a esta última objeción suprimiendo dicha referencia a una obligación de proporcionar medios para rectificar todo error eventual y contemplar únicamente las consecuencias de derecho privado que quepa atribuir a la ausencia de dichos medios.

[47] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si es preciso que la exclusión por acuerdo se haga explícitamente o si cabe deducirla de un acuerdo tácito de las partes como, por ejemplo, cuando una parte procede a efectuar un pedido por medio del sistema de información automatizado del vendedor, aunque sea obvio para dicha parte que el sistema no brinda oportunidad alguna de rectificar errores en la introducción de los datos.

[48] La presente disposición trata de los efectos jurídicos de los errores cometidos por personas físicas que se comunican con un sistema de información automatizado. El proyecto de disposición se inspira en el artículo 22 de la Ley Uniforme del Comercio Electrónico del Canadá. En el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que dicha disposición pudiera no ser adecuada en el contexto de operaciones comerciales (es decir, no efectuadas con consumidores), dado que el derecho a repudiar un contrato por error material no era algo que siempre estuviera previsto en el marco del derecho general de los contratos. No obstante, el Grupo de Trabajo decidió mantener el texto para su futuro examen (véase A/CN.9/509, párrs. 110 y 111).

[d) El iniciador ni ha utilizado los bienes o servicios de la otra parte, de haber recibido alguno, ni ha sacado de ellos ventaja o provecho material alguno[49].]

Variante B

1. [Salvo acuerdo [expreso] en contrario de las partes,[50]] el contrato celebrado por una persona que acceda al sistema de información automatizado de otra persona no surtirá efecto jurídico alguno ni será ejecutorio si el iniciador cometió un error en su mensaje de datos y si el sistema de información automatizado no le brindó oportunidad alguna de prevenir o rectificar su error. La persona que invoque un error, deberá notificarlo a la otra parte lo antes posible, haciendo saber que ha cometido un error en su mensaje de datos[51].

[2. Para poder invocar un error con arreglo al párrafo 1, toda persona deberá:

a) haber tomado medidas razonables, y haber seguido las instrucciones de la otra parte, para devolver los bienes o servicios recibidos, de haber recibido alguno, como consecuencia del error o, si se le ordena hacerlo, destruir dichos bienes o servicios; o

b) no haber utilizado los bienes o servicios recibidos de la otra parte, de haber recibido alguno, ni haber sacado de ellos ventaja o provecho material alguno[52].]

[*Toda otra disposición de índole sustantiva que el Grupo de Trabajo desee incluir.*[53]]

---

[49] Los apartados c) y d) aparecen entre corchetes dado que, en el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se sugirió que las cuestiones tratadas en ellos iban más allá de las cuestiones propias de la formación del contrato y suponían cierto desvío respecto de las consecuencias previstas por algunos ordenamientos jurídicos para la anulación de un contrato (véase A/CN.9/509, párr. 110.)

[50] Véase la nota de pie de página 47.

[51] Esta variante fusiona en dos párrafos los diversos elementos contenidos en los párrafos 2 y 3 y en los apartados a) a d) de la primera versión del proyecto de artículo (véase A/CN.9/WG.IV/WP. 95), como solicitó el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/509, párr. 111).

[52] Véase la nota de pie de página 49.

[53] Entre estas disposiciones suplementarias podrían figurar, además de las consecuencias del incumplimiento de los proyectos de artículo 11, 15 y 16, una cuestión que el Grupo de Trabajo todavía no ha examinado (véase A/CN.9/527, párr. 103), otras cuestiones que versan sobre la legislación en materia de comercio electrónico, como la responsabilidad de los proveedores de servicios de información por pérdida o demora en la entrega de mensajes de datos.

CAPÍTULO IV. DISPOSICIONES FINALES

[*Artículo X. Declaraciones sobre exclusiones*[54]

1. Todo Estado podrá declarar en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no quedará obligado por lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 de la presente Convención[55].]

2. Todo Estado podrá declarar en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no aplicará la presente Convención a ninguna de las cuestiones que especifique en su declaración.

3. Toda declaración formulada de conformidad con los párrafos 1 y 2 del presente artículo surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de [seis] meses contado a partir de la fecha de su recepción por el depositario.]

Artículo Y. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales[56]

Variante A[57]

1. De no haberse declarado otra cosa, en una declaración hecha de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo, todo Estado Parte en la presente Convención [podrá declarar en cualquier momento que[58]] se

---

[54] El Grupo de Trabajo no ha concluido aún sus deliberaciones sobre posibles exclusiones al anteproyecto de convención de conformidad con el proyecto de artículo 2 (véase A/CN.9/527, párrs. 83 a 98). Se ha añadido este proyecto de artículo como posible alternativa, para el caso de que no se logre un consenso sobre las posibles exclusiones al anteproyecto de convención.

[55] En su 41º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en examinar, en una etapa ulterior, una disposición que permitiera a los Estados Contratantes excluir la aplicación del apartado b) del párrafo 1 del artículo 1, inspirada en el artículo 95 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (véase A/CN.9/528, párr. 42).

[56] Este proyecto de artículo tiene por objeto ofrecer una posible solución común para algunos de los obstáculos jurídicos al desarrollo del comercio electrónico con arreglo a los instrumentos internacionales vigentes, que se estudiaron en una nota anterior de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.94). En el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo hubo acuerdo general en actuar de esa forma en la medida en que las cuestiones fueran comunes, lo que ocurría al menos con respecto a la mayoría de las cuestiones planteadas en relación con los instrumentos enumerados en la variante A (véase A/CN.9/527, párrs. 33 a 48). De aprobarse la variante B o C, el proyecto de artículo debería pasar a titularse "Reservas".

[57] El objeto de esta variante es disipar toda duda respecto de la relación que guardaría la normativa del proyecto de convención con la enunciada en otros instrumentos internacionales. No se pretende que esta variante modifique efectivamente la aplicación de ningún instrumento internacional ni la afecte de algún otro modo. En la práctica, la variante prevé que un Estado Contratante se comprometa a aplicar las disposiciones del proyecto de convención para eliminar todo posible obstáculo que esos instrumentos pudieran imponer al desarrollo del comercio electrónico y a facilitar su aplicación cuando las partes efectúen sus operaciones por medios electrónicos.

[58] El texto entre corchetes pretende dotar de mayor flexibilidad a la aplicación del proyecto de artículo, habida cuenta de que, sin esa aclaración, la disposición podría entenderse en el sentido de que todo compromiso asumido con arreglo a lo dispuesto en el proyecto de artículo debería asumirse a raíz de la firma, ratificación o adhesión y no cabría extender su alcance en una etapa ulterior. Si se mantiene este texto, tal vez sea necesaria una disposición que refleje la del párrafo 3 del proyecto de artículo X también en el proyecto de artículo Y.

compromete a aplicar lo dispuesto en el [artículo 7 y en el] capítulo III[59] de la presente Convención al intercambio [por medio de mensajes de datos] de cualesquiera comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud [, así como de una oferta y su aceptación,] que una de las partes deba o decida hacer en relación con cualquiera de los siguientes acuerdos o convenciones internacionales de los que el Estado sea o pueda llegar a ser Estado Contratante o en virtud de ellos:

La Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y su Protocolo (Viena, 11 de abril de 1980)

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980)

El Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional (Viena, 19 de abril de 1991)

La Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 11 de diciembre de 1995)

La Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 12 de diciembre de 2001).

[2. Todo Estado podrá declarar en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que también aplicará la presente Convención al intercambio mediante mensajes de datos de cualesquiera comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud que estuviera prevista en el marco de todo otro acuerdo o convención internacional sobre cuestiones de derecho mercantil privado en el que el Estado sea Parte Contratante y que el Estado señale en su declaración[60].]

3. Todo Estado podrá declarar en cualquier momento que no aplicará la presente Convención [o alguna disposición específica de la presente Convención] a los contratos internacionales que caigan dentro del ámbito de aplicación de [cualquiera de los instrumentos mencionados.] [uno o más acuerdos, tratados o convenciones internacionales en los que el Estado sea Parte Contratante y que el Estado haya señalado en su declaración].

---

[59] La referencia expresa a las disposiciones de índole sustantiva del proyecto de convención que figuran en el Capítulo III pretende evitar la impresión de que las disposiciones relativas al ámbito de aplicación del proyecto de convención afectarían a la definición del ámbito de aplicación de otros instrumentos internacionales. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si las disposiciones del proyecto de artículo 7, al que se hace referencia entre corchetes, son también adecuadas para una aplicación subsidiaria (interpretativa) en el contexto de otros instrumentos internacionales, o si podrían interferir en la interpretación actual de dichos instrumentos.

[60] Mediante el párrafo 1 de la variante A se pretende puntualizar que las disposiciones del proyecto de convención son aplicables también a los mensajes de datos que se intercambien en el marco de cualquiera de los instrumentos internacionales que en él se citan. En el párrafo 2 se contempla la posibilidad de que un Estado contratante extienda la aplicación de la nueva convención a los mensajes de datos que se utilizan en el marco de otros instrumentos internacionales.

4. Toda declaración formulada de conformidad con los párrafos 1 y 2 del presente artículo surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de [seis] meses contado a partir de la fecha de su recepción por el depositario.

Variante B[61]

1. Todo Estado podrá formular en cualquier momento un reserva a los efectos de que únicamente aplicará la presente Convención [o alguna disposición específica de la presente Convención] a los mensajes de datos en relación con un contrato existente o previsto al que, conforme a la legislación de ese Estado, deba aplicarse un determinado instrumento internacional que ese Estado haya especificado con precisión en su reserva.

2. Toda declaración formulada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de [seis] meses contado a partir de la fecha de su recepción por el depositario.

Variante C[62]

1. Todo Estado podrá declarar en cualquier momento que no aplicará la presente Convención [o alguna disposición específica de la presente Convención] a los mensajes de datos en relación con un contrato existente o previsto al que deban aplicarse uno o más de los instrumentos internacionales enumerados en el párrafo 1 del artículo 1, siempre y cuando ese Estado haya especificado con precisión tales instrumentos en su declaración.

2. Toda declaración formulada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de [seis] meses contado a partir de la fecha de su recepción por el depositario.

[*Toda cláusula habitual y toda otra cláusula final que el Grupo de Trabajo desee incluir*.]

---

[61] Esta variante refleja la variante 2 de una propuesta que Alemania presentó al Grupo de Trabajo en su 42º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/XLII/CRP.2) y guarda un nexo lógico con la variante A del proyecto de artículo 1. Su efecto práctico sería circunscribir la aplicación del proyecto de convención sólo al intercambio de mensajes previsto en los instrumentos que cada Estado Contratante señale en particular.

[62] En esta variante se recoge la variante 1 de una propuesta que Alemania presentó al Grupo de Trabajo en su 42º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/XLII/CRP.2). Se ha incluido en caso de que el Grupo de Trabajo opte por la variante B del proyecto de artículo 1. De ser así, los Estados Contratantes tendrían la posibilidad de excluir la aplicación del proyecto de convención respecto de determinados instrumentos.

V. GARANTÍAS REALES

A. Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su cuarto período de sesiones (Viena, 8 a 12 de septiembre de 2003)

(A/CN.9/543) [Original: inglés]

Índice

Capítulo		*Párrafos*
I.	Introducción	1-8
II.	Organización del período de sesiones	9-14
III.	Deliberaciones y decisiones	15
IV.	Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	16-120
	Capítulo IV. Constitución de garantías reales (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3)	16-44
	A. Hipoteca sobre establecimiento mercantil y cargas flotantes	16-22
	B. Accesorios fijos	23-24
	C. Producto de los bienes	25-27
	D. Acuerdo de garantía	28-34
	E. Requisitos del carácter real	35-36
	F. Resumen y recomendaciones	37-44
	Capítulo IX. Insolvencia (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6)	45-83
	A. Introducción	46
	B. Régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de insolvencia	47
	C. Inclusión de los bienes gravados en la masa de la insolvencia	48-55
	D. Limitaciones de la ejecutabilidad de las garantías reales	56
	E. Participación de los acreedores garantizados en el procedimiento de insolvencia	57-58
	F. Eficacia de las garantías reales y acciones de impugnación	59-62
	G. Prelación relativa de las garantías reales	63-69
	H. Financiación otorgada con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia	70
	I. Procedimiento de reorganización	71
	J. Agilización del procedimiento de reorganización	72
	K. Resumen y recomendaciones	73-74
	L. Relación entre las dos guías	75-78

M. Coordinación con la labor del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) 79-83
Capítulo I. Introducción (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1) 84-99
A. Finalidad y alcance 84-87
B. Terminología 88-96
C. Ejemplos de prácticas financieras que abarcará la Guía. 97-99
Capítulo II. Objetivos clave (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1) 100-102
Capítulo VII. Prelación (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3). 103-120
A. Introducción. 103-104
B. Reglas de prelación 105-106
C. Otras reglas de prelación. 107
D. Acreedores no garantizados 108
E. Garantía real de la financiación del precio de compra 109-114
F. Reclamaciones para la devolución de mercancías 115-116
G. Compradores de bienes gravados 117-120
V. Labor futura 121

I. Introducción

1. En su presente período de sesiones, el Grupo de Trabajo continuó su labor relativa a la elaboración de un régimen jurídico eficaz sobre las garantías reales correspondientes a las mercancías relacionadas con una actividad comercial[1]. La decisión de la Comisión de empezar a trabajar en el ámbito del régimen legal de los créditos garantizados se adoptó en respuesta a la necesidad de un régimen jurídico eficaz que eliminara todo obstáculo jurídico para la negociación de créditos garantizados y favoreciera de este modo la disponibilidad y el costo del crédito financiero negociado[2].

2. En su 33º período de sesiones (celebrado en 2000), la Comisión examinó un informe preparado por la Secretaría sobre las cuestiones que se debían abordar en el ámbito del régimen legal de los créditos garantizados (A/CN.9/475). En dicho período de sesiones, la Comisión convino en que el régimen del crédito financiero garantizado era un tema importante que se señalaba a su atención en el momento oportuno, en vista de sus estrechos vínculos con la labor que realizaba sobre el régimen de la insolvencia. Se consideró en general que la modernización del régimen legal del crédito financiero garantizado podía repercutir notablemente en la oferta de crédito y su costo y, con ello, en el comercio internacional. Además, se consideró en general que un régimen legal moderno del crédito financiero

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/56/17), párr. 358.
[2] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/55/17), párr. 455, y *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/56/17), párr. 347.

garantizado podía mitigar las desigualdades en cuanto al acceso a crédito de bajo costo entre las empresas de países desarrollados y de países en desarrollo, así como en su participación en las ventajas del comercio internacional. Sin embargo, se advirtió que dicho régimen debía procurar tratar con equidad a todo acreedor, ya fuera titular de un crédito privilegiado, garantizado o no garantizado, a fin de ser aceptable para los Estados. Además, se señaló que, habida cuenta de la política posiblemente divergente de los Estados, sería conveniente adoptar un enfoque flexible orientado a la preparación de un cuerpo de principios complementado por una guía, en lugar de una ley modelo[3].

3. En su 34º período de sesiones (celebrado en 2001), la Comisión examinó otro informe preparado por la Secretaría (A/CN.9/496) y convino en que se debían realizar actividades, habida cuenta de la posible repercusión económica favorable de un régimen legal moderno de los créditos garantizados. Se señaló que la experiencia había demostrado que las deficiencias en esta materia podían tener efectos negativos importantes en el sistema económico y financiero de los países. Además, se indicó que un marco jurídico eficaz y previsible tenía ventajas macroeconómicas a corto y a largo plazo. Concretamente, a corto plazo cuando los países afrontaban crisis en su sector financiero, era necesario contar con un marco jurídico eficaz y previsible, en particular en lo relativo a la ejecución de los créditos financieros, a fin de ayudar a bancos y a otras instituciones financieras a controlar el deterioro eventual de sus créditos mediante alguna vía de ejecución rápida, y de facilitar la reestructuración o reorganización de empresas en dificultades, creando un mecanismo crediticio que incentivara la financiación provisional. A largo plazo, no cabe duda de que un marco legal flexible y eficiente de las garantías reales serviría de aliciente para financiar el crecimiento económico. De hecho, sin facilitar el acceso a crédito financiero asequible no sería posible fomentar el crecimiento económico, la competitividad y el comercio internacional, porque las empresas no podrían desarrollar plenamente su potencial[4]. En cuanto a la forma que se diera al trabajo, la Comisión consideró que una ley modelo resultaría demasiado rígida y tomó nota de las sugerencias en pro de que se preparara un cuerpo de principios complementado por una guía legislativa que incluyera recomendaciones[5].

4. En su primer período de sesiones (celebrado en Nueva York del 20 al 24 de mayo de 2002), el Grupo de Trabajo examinó los capítulos I a V y X (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y Add. 1 a 5 y 10) del primer proyecto de guía preliminar sobre las operaciones garantizadas, preparado por la Secretaría. En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas de estos capítulos (véase el documento A/CN.9/512, párr. 12). Además, en ese período de sesiones, se sugirió presentar al Grupo de Trabajo algunos sistemas modernos para la inscripción de derechos en un registro a fin de que dispusiera de la información requerida para responder a las inquietudes expresadas con respecto a la inscripción registral de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles (véase el documento A/CN.9/512, párr. 65). En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en la necesidad de coordinarse con el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre las cuestiones de interés común, e hizo suyas las

[3] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/55/17), párr. 459.
[4] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/56/17), párr. 351.
[5] Ibíd., párr. 357.

conclusiones del Grupo de Trabajo V con respecto a estos asuntos (véase el documento A/CN.9/512, párr. 88).

5. En su 35º período de sesiones (celebrado en 2002), la Comisión examinó el informe del primer período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/512). Se opinó en general que la guía legislativa constituía una gran oportunidad para que la Comisión prestara asistencia a los Estados en orden a la promulgación de un régimen legal moderno de las operaciones de crédito garantizadas, que se consideró en general una condición necesaria, aunque no de por sí suficiente, para mejorar el acceso a créditos de bajo costo, lo que facilitaría el movimiento transfronterizo de mercancías y servicios, el desarrollo económico y, en último término, las relaciones amistosas entre los Estados. A ese respecto, la Comisión tomó nota con satisfacción de que el proyecto había concitado la atención de organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales y de que algunas de ellas habían participado intensamente en las deliberaciones del Grupo de Trabajo. En el período de sesiones, la Comisión consideró también que la iniciativa de la Comisión era sumamente oportuna, en vista no sólo de ciertas iniciativas de índole legislativa en curso, de ámbito nacional e internacional, sino también en razón de la propia labor de la Comisión relativa al régimen de la insolvencia. Tras un debate, la Comisión confirmó el mandato asignado al Grupo de Trabajo en su 34º período de sesiones de preparar un régimen jurídico eficiente para la constitución de garantías reales sobre mercancías, y en particular sobre mercancías inventariadas. Además, la Comisión confirmó que el mandato del Grupo de Trabajo se debía interpretar en sentido lato a fin de obtener un resultado flexible, en forma de una guía legislativa[6].

6. En su segundo período de sesiones (celebrado en Viena del 17 al 20 de diciembre de 2002), el Grupo de Trabajo examinó los capítulos VI, VII y IX (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y Add. 6, 7 y 9) de un primer anteproyecto de guía sobre las operaciones de crédito garantizadas, preparado por la Secretaría. En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas de estos capítulos (véase el documento A/CN.9/531, párr. 15). Con ocasión de ese período de sesiones y conforme se había sugerido en el primer período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase el documento A/CN.9/512, párr. 65), se hizo una presentación oficiosa de los sistemas de inscripción registral, de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles, de Nueva Zelandia y Noruega. Justo antes de este período de sesiones, los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) celebraron su primer período de sesiones conjunto (Viena, 16 a 17 de diciembre de 2002), durante el cual se examinó la versión revisada del antiguo capítulo X (nuevo capítulo IX; A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5) sobre la insolvencia. En dicho período de sesiones, se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de dicho capítulo (véase el documento A/CN.9/535, párr. 8).

7. En su tercer período de sesiones, celebrado en Nueva York del 3 al 7 de marzo de 2003, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos VIII, XI y XII del primer anteproyecto de guía sobre las operaciones garantizadas (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11 y A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12) y los capítulos II y III (párrs. 1 a 33) de la segunda versión del proyecto de guía

[6] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párrs. 202 a 204.

(A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 y A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3) y pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de esos capítulos (A/CN.9/532, párr. 13).

8. En su 36º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de sus períodos de sesiones segundo y tercero (A/CN.9/531 y A/CN.9/532), así como el informe de los Grupos de Trabajo V y VI sobre la labor realizada en su primer período de sesiones conjunto (A/CN.9/535). La Comisión tomó nota con reconocimiento del avance de la labor del Grupo de Trabajo[7].

II. Organización del período de sesiones

9. El Grupo de Trabajo, que estuvo integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su cuarto período de sesiones en Viena del 8 al 12 de septiembre de 2003. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros de la Comisión: Alemania, Austria, Benin, Brasil, Burkina Faso, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Honduras, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, la ex República Yugoslava de Macedonia, Lituania, Marruecos, México, Paraguay, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Rwanda, Sierra Leona, Singapur, Sudán, Suecia, Tailandia y Uruguay (que alterna anualmente con la Argentina).

10. Asistieron al período de sesiones observadores de los Estados siguientes: Argentina, Australia, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Ghana, Indonesia, Jamahiriya Árabe Libia, Líbano, Nigeria, Perú, Polonia, República Checa, República de Corea, Suiza, Turquía, Ucrania y Venezuela.

11. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones nacionales o internacionales: a) organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial; b) organizaciones intergubernamentales: Centro Nacional de Investigaciones Jurídicas para el Libre Comercio (NLCIFT), Unión Asiática de Compensación; c) organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión: American Bar Association (ABA), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Commercial Finance Association (CFA), Europafactoring, Federación Internacional de Profesionales en Materia de Insolvencia (INSOL), Instituto Max-Planck de Derecho Extranjero y Derecho Internacional Privado.

12. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidente: Sra. Kathryn SABO (Canadá)

Relator: Sr. Norbert Csizmazia (Hungría)

13. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los documentos siguientes: A/CN.9/WG.VI/WP.8 (programa provisional), A/CN.9/WG.VI/WP.6 y adiciones 1 y 3, así como el documento A/CN.9/WG.VI/WP.9 y adiciones 1 a 4 y 6 a 8.

---

[7] Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párrs. 215 a 222.

14. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

15. El Grupo de Trabajo examinó los capítulos IV (Constitución de garantías reales), IX (Insolvencia), I (Introducción), II (Objetivos clave), y los párrafos 1 a 41 del capítulo VII (Prelación) del proyecto de guía. Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo figuran en la parte IV. Se pidió a la Secretaría que preparara, sobre la base de estas deliberaciones y decisiones, una versión revisada de los capítulos del proyecto de guía examinados en este período de sesiones.

IV. Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Capítulo IV. Constitución de garantías reales (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3)

A. Hipoteca sobre establecimiento mercantil y cargas flotantes (párrafos 27 a 33)

16. El Grupo de Trabajo, recordando que en su tercer período de sesiones había examinado los párrafos 1 a 33 del capítulo IV (véase A/CN.9/532, párr. 108), reanudó sus deliberaciones sobre la cuestión de las hipotecas sobre establecimientos mercantiles.

17. El Grupo de Trabajo convino en que se revisara la sección para presentar de forma equilibrada las ventajas e inconvenientes del concepto de hipoteca sobre establecimiento mercantil. Se sostuvo que la principal ventaja de este tipo de garantía real era que permitía a una empresa que tenía un valor global superior obtener más crédito a costo inferior. Por otra parte, se observó que la hipoteca sobre un establecimiento mercantil podía limitar la capacidad del deudor para obtener crédito de otras fuentes e incrementar el costo de ese crédito hasta el punto de que otros acreedores pudieran quedar sin protección. Se dijo que, en algunos países, se había limitado el alcance de este tipo de hipotecas en caso de insolvencia fijando un porcentaje máximo del valor de la empresa. Frente a este argumento se observó que convendría examinar detenidamente las repercusiones económicas de esas limitaciones y su inclusión en el proyecto de guía. Se afirmó asimismo que cualquier limitación debería formar parte del régimen de la insolvencia y examinarse en el contexto del proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia,

así como en el proyecto de guía sobre las operaciones garantizadas, concretamente en su capítulo sobre la insolvencia.

18. Con respecto a la nota que sigue al párrafo 33, en el Grupo de Trabajo hubo acuerdo general en que el nombramiento de un administrador pudiera efectuarse mediante acuerdo entre el deudor y el acreedor garantizado o por decisión judicial. Se sugirió que también pudiera nombrarlo el deudor. Se convino en que dicho nombramiento guardaba relación con la ejecución en un procedimiento de insolvencia y al margen de todo procedimiento de este tipo, y si bien en el capítulo sobre la constitución de garantías habría que hacer referencia a la capacidad de las partes en un acuerdo de garantía para convenir el nombramiento de un administrador al ejecutar una hipoteca sobre establecimiento mercantil al margen de la insolvencia, sería más adecuado insertar el análisis completo y detallado de esta cuestión en el capítulo relativo al incumplimiento y la ejecución.

19. Con respecto a la cuestión de si el administrador actuaría al margen del procedimiento de insolvencia en defensa del acreedor garantizado exclusivamente o de todos los acreedores, se expresaron opiniones divergentes. Por una parte, se consideró que el administrador actuaría en beneficio del acreedor garantizado, dado que su nombramiento era un método de ejecución de la garantía real. Si esto preocupaba a otros acreedores, podían solicitar al tribunal que declarara insolvente al deudor. Según otra opinión, dado que el nombramiento tenía por objeto preservar el valor de la empresa como negocio en marcha que estaba muy cerca de la insolvencia, el administrador habría de actuar en defensa de todos los acreedores, en particular cuando se tratara de un administrador nombrado por el deudor con el fin de que reorganizara la empresa. Se sostuvo que este método de ejecución se aproximaba mucho a la insolvencia y planteaba también la cuestión de la aplicabilidad de las acciones de impugnación.

20. Con respecto al párrafo 28, el Grupo de Trabajo convino en que si bien la última frase correspondía a la realidad en muchos Estados, cabría añadir al texto una explicación para aclarar que en el proyecto de guía se examinaban únicamente los bienes muebles, pero ello no impedía a un Estado permitir que una hipoteca sobre sociedad mercantil englobara bienes inmuebles.

21. En cuanto al párrafo 32, se sostuvo que no debería modificarse la prelación previa a la insolvencia de una garantía real constituida sobre una sociedad mercantil y que, de efectuarse tales cambios, deberían ser limitados y transparentes. Frente a este argumento se observó que en la legislación reciente de algunos países se limitaba esa prioridad a una parte del valor total de la empresa, a fin de proteger a otros acreedores (véase el párrafo 17 *supra*).

22. Si bien se apoyó el párrafo 33, hubo divergencias sobre la eventual necesidad de plasmarlo en una recomendación. Por una parte, se propugnó la introducción en el texto de una recomendación del tenor del párrafo 33 con el argumento de que una garantía real que englobara todos los bienes sería un útil instrumento en un régimen moderno de las operaciones garantizadas. En contra de tal recomendación, se observó que una garantía que englobara todos los bienes entrañaba el riesgo de que se gravaran más bienes de los necesarios y de otorgar un monopolio sobre dichos bienes al acreedor.

B. Accesorios fijos (párrafos 34 y 35)

23. Si bien se convino en que los párrafos 34 y 35 abordaban una importante cuestión, se expresaron varias inquietudes. Concretamente, se argumentó que no correspondía insertar esos párrafos en el capítulo relativo a la constitución de garantías, dado que se referían esencialmente a cuestiones de publicidad y prelación. También se adujo que el análisis que figuraba en esos párrafos era incompleto, pues no se abordaba el supuesto en que un bien mueble estuviera incorporado a otro bien mueble o en que se procesaran bienes muebles. Además, tal vez no se podría juzgar adecuadamente la facilidad de separación de los bienes con el criterio de la dificultad técnica y del costo.

24. En respuesta a una pregunta, se observó que la relación entre un derecho sobre bienes inmuebles y un derecho sobre bienes inmateriales conexos (por ejemplo, arrendamientos) se abordaba en el capítulo relativo a la prelación. En respuesta a otra pregunta, se señaló que en el capítulo relativo a la publicidad se trataba la publicidad especial para los accesorios fijos.

C. Producto de los bienes (párrafos 36 a 47)

25. Se formularon varias sugerencias sobre los párrafos 36 a 47. Concretamente, se propuso que el párrafo 41 se complementara con una referencia al motivo para reconocer un derecho sobre los frutos civiles o naturales (es decir, al hecho de que el acreedor garantizado espera percibir los ingresos generados por los bienes gravados). Se sugirió también que en el párrafo 43 se aludiera claramente al sistema de publicidad recomendado en el proyecto de guía. Se propuso asimismo que en el párrafo 46 se hiciera referencia al hecho de que, dado que el producto reemplazaba a los bienes gravados, el carácter real del derecho del acreedor garantizado al producto de la venta de los bienes gravados era el resultado natural del carácter real de la garantía. Por otra parte, se observó que, si bien al permitirse los derechos sobre el producto surgirían inevitablemente conflictos, por ejemplo, entre los financieros con garantías sobre créditos y existencias, era importante para la práctica que se reconocieran esos derechos sobre el producto.

26. Respecto de las notas que figuran en los párrafos 44 y 45, se convino en que planteaban importantes cuestiones que deberían abordarse en el proyecto de guía. No obstante, la cuestión de la ubicación, en el párrafo 45, era más importante que la del plazo para la identificación del producto, en el párrafo 44. Se observó también que los bienes podían ser o no ser el producto de su venta, y que el párrafo 44, combinado con el párrafo 72, podía inducir a error al introducir innecesariamente una tercera posibilidad, a saber, la de que los bienes fueran un "producto identificable" (o un "producto fácilmente identificable"). Se señaló también que los principios adoptados con respecto a los bienes gravados (es decir, sobre la descripción genérica y la posibilidad de otorgar una garantía real sobre bienes adquiridos con posterioridad) deberían aplicarse también al producto y que, por consiguiente, lo único que habría que requerir es que el acreedor demostrara que el producto era el objeto de su garantías sobre los bienes gravados. Se sugirió además que en el proyecto de guía se hiciera una diferenciación en función de si el producto era otorgado en virtud de la ley o mediante acuerdo. Se sostuvo que era una simple cuestión de comodidad para las partes, y no un criterio para el legislador, y que en el proyecto de guía habría que prever ambas posibilidades.

27. Ante la sugerencia de que las reglas relativas al producto en el proyecto de guía se ajustaran a las reglas sobre la misma materia que figuraban en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional ("la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos"), se observó que tal vez no convenía proceder a tal armonización, habida cuenta de que las reglas sobre el producto que prevé la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos son reglas sobre los conflictos de leyes.

D. Acuerdo de garantía (párrafos 48 a 60)

28. Se dijo que pudiera no ser exacta, por su generalidad, la declaración enunciada en la segunda oración del párrafo 48 de que "en la mayoría" de los ordenamientos jurídicos haría falta un acto adicional para constituir una garantía real. Se observó además que la declaración enunciada en la segunda oración del párrafo 49 tal vez tampoco fuera exacta dado que cabía constituir automáticamente una garantía real si dicho resultado estuviera estipulado en el acuerdo de garantía a raíz de todo crédito otorgado en el marco de la discrecionalidad de que goce el acreedor garantizado. Se respondió que el párrafo 49 tenía por objeto distinguir entre un acuerdo de garantía y una promesa de otorgar una garantía real. Ahora bien, tras deliberar al respecto, se convino en que el párrafo 49 no era necesario, por lo que podía suprimirse.

29. Respecto del párrafo 50, se sugirió suprimir la referencia a la justificación jurídica de la operación, dado que resultaba confusa. Se objetó al respecto que esa referencia a la justificación o base jurídica de la operación era importante en algunos ordenamientos. Se sugirió asimismo que se reformulara la última oración del párrafo 50, dado que en algunas operaciones complejas, o en operaciones en las que un tercero otorgara la garantía real, el acuerdo de garantía solía ser un acuerdo aparte. Se señaló además que la descripción, en el acuerdo de garantía, del bien o de los bienes gravados minimizaría el riesgo de controversias sobre el objeto de la garantía real y el riesgo de que se manipulara a raíz de un incumplimiento.

30. Respecto del párrafo 51 se sugirió que se especificara que toda persona, tanto jurídica como física, podía ser parte en un acuerdo de garantía (lo que se dijo que estaba ya implícito en la referencia a "persona" en las definiciones de "deudor" y de "acreedor garantizado" que figuraban en la parte B del capítulo I). Se sugirió además que el proyecto de guía se ocupara de la cuestión de si una persona física podía otorgar hipotecas, u otras garantías reales similares, constituidas sobre una empresa. A ese respecto se mencionó la Ley Modelo del BERD sobre Operaciones Garantizadas, que autorizaba únicamente la concesión de la denominada hipoteca de establecimiento mercantil a otra empresa.

31. Respecto del párrafo 52 se dijo que la descripción del bien o de los bienes gravados debería formar parte del contenido mínimo de todo acuerdo de garantía. Se sugirió asimismo que se añadiera la fecha del acuerdo a dicho contenido mínimo.

32. Se expresaron pareceres divergentes respecto del contenido de los párrafos 54 a 58 referentes a la cuestión de la forma. Concretamente, se estimó que no debería exigirse la forma escrita del acuerdo de garantía como requisito para su validez. Se dijo que dicho requisito de forma afectaría negativamente a una serie de operaciones que se concertaban verbalmente (por ejemplo, en el supuesto de una venta con acuerdo de retención de la titularidad). Se observó además que, en algunos

ordenamientos en los que no se imponía requisito de forma alguno, ni siquiera para las operaciones que versaran sobre bienes raíces, sería muy difícil introducir tal requisito para la constitución de una garantía sobre un bien mueble.

33. Prevaleció, no obstante, el parecer de que todo acuerdo de garantía debería constar por escrito. Se dijo que la forma escrita era fuente de certidumbre para todo acto jurídico, por lo que se dijo que era crucial en todo acto jurídico que pudiera afectar a terceros, y evitaría toda tentativa de manipulación a raíz de un incumplimiento. Se observó además que dichas operaciones no se verían negativamente afectadas por el requisito de un escrito sencillo que no tendría que estar firmado por las dos partes y que podría estar en forma de un mensaje de datos (es decir, en forma de "información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico , el telegrama, el télex o el telefax"; véase el artículo 2 a) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico).

34. Se sugirió, por otra parte, que cabría recomendar la forma escrita pero dejando que este punto fuera resuelto por el legislador o por las propias partes en su acuerdo.

E. Requisitos del carácter real (párrafos 61 a 70)

35. Respecto del párrafo 61, se sugirió que se indicara expresamente que la referencia al dominio incluía también la noción de algún otro derecho real, de alcance más limitado. Se recordó al Grupo de Trabajo su decisión de aplazar el examen de la cuestión de si el bien gravado o la titularidad sobre dicho bien era el objeto de la garantía real hasta después de que se hubiera tenido la oportunidad de examinar el párrafo 61 (véase A/CN.9/532, párr. 100). Si bien el Grupo de Trabajo reconoció que existían dos teorías respecto de esta cuestión, se convino en que no sería preciso reformular el párrafo 61. En cuanto al párrafo 62, se observó que, a falta de ejemplos bien definidos, era difícil de entender el problema abordado en dicho párrafo.

36. Respecto de los párrafos 66 a 70, se dijo que, dado que se ocupaban de asuntos tratados en otros lugares del proyecto de guía (por ejemplo, en los capítulos relativos a la publicidad y al orden de prelación de los derechos), tal vez dichos párrafos no fueran necesarios. Se observó además que si esos párrafos pretendían ser descriptivos de los diversos enfoques posibles, convendría que no estuvieran formulados en forma de recomendaciones (que era la forma implícita del párrafo 75).

F. Resumen y recomendaciones (párrafos 71 a 75)

37. En el Grupo de Trabajo, el párrafo 71 recibió un apoyo suficiente. En cuanto a la nota que figura después de ese párrafo, se sugirió que se formularan excepciones a las recomendaciones del mismo párrafo en función de los tipos de obligaciones garantizadas (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párrs. 5 y 6), los tipos de bienes (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párrs. 17 y 18) o los tipos de garantías (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párr. 27) que pudieran estar sujetos a regímenes especiales de carácter nacional o internacional. Se hizo referencia a la Ley Modelo

Interamericana de Garantías Mobiliarias, en la que se habían introducido excepciones al concepto de concesión de una garantía que gravara todos los bienes. También se hizo referencia al Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, dado que en algunos países una ley nacional posterior podía prevalecer sobre un convenio.

38. No obstante, se sugirió que se hiciera una distinción entre los tipos de bienes, obligaciones y garantías que estaban sujetos a leyes especiales distintas del régimen general de las operaciones garantizadas (que deberían quedar totalmente excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de guía) y los tipos de bienes, obligaciones o garantías sujetos a regímenes de las operaciones garantizadas pero también a la inscripción en registros especiales (que deberían entrar en el ámbito de aplicación del proyecto de guía pero que deberían quedar excluidos del tipo de inscripción prevista en el proyecto de guía).

39. Con respecto al párrafo 72, se sugirió que se enmendara para hacer referencia simplemente al "producto", en vez de al "producto fácilmente identificable". Se sugirió también que se aclarara que el concepto de "producto" englobaba todo lo que se recibiera en relación con los bienes gravados. Además, se sugirió que se formularan recomendaciones sobre las cuestiones mencionadas en la nota del párrafo 72.

40. Respecto del párrafo 73 se sugirió que se revisara su texto para dejar constancia de las opiniones expresadas a favor y en contra de la forma escrita. También se sugirió que se hiciera referencia a la definición de mensaje de datos que figuraba en el artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. A este respecto se sostuvo que no había motivo por el que un mensaje de datos, incluido un documento electrónico, no pudiera cumplir el requisito de la forma escrita, siempre y cuando pudiera recuperarse y leerse y demostrara que el otorgante se proponía conceder una garantía real. En respuesta a una pregunta, se observó que no importaba quién fuera el iniciador del mensaje de datos.

41. Se respaldó la idea de que en el acuerdo de garantía debiera especificarse la identidad de las partes y debieran describirse razonablemente los bienes gravados y las obligaciones garantizadas. Si bien se expresó la opinión de que debería requerirse una descripción específica de los bienes gravados, prevaleció el criterio de que bastaría con una descripción genérica.

42. La recomendación enunciada en el párrafo 74 recibió apoyo suficiente en el Grupo de Trabajo. Se convino también en que se revisara la recomendación del párrafo 75 de modo que dispusiera que para la constitución de garantías reales sin desplazamiento era suficiente un acuerdo, mientras que los actos de publicidad determinarían la eficacia de una garantía real frente a terceros.

43. Se sugirió que se preparara también una recomendación relativa a una garantía que gravara todos los bienes de un deudor (un tipo de garantía como la hipoteca de establecimiento mercantil o las cargas flotantes). Se sugirió asimismo que se formulara también una recomendación sobre los accesorios fijos y los bienes incorporados a otros.

44. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el capítulo IV teniendo en cuenta las opiniones expresadas y las sugerencias formuladas.

Capítulo IX. Insolvencia (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6)

45. Aprovechando la presencia de los expertos en materia de insolvencia del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), el Grupo de Trabajo procedió a examinar el capítulo IX relativo a la insolvencia.

A. Introducción (párrafos 1 a 4)

46. Se hicieron diversas sugerencias sobre el párrafo 1. Concretamente, se sugirió que, dado que las cuestiones brevemente abordadas en el capítulo IX se trataban con mayor detalle en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia, se diera mayor relieve a la penúltima frase del párrafo 1, que se refería a la necesidad de remitirse, para los detalles, al proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia. Se sugirió también que en la segunda frase se hiciera referencia a las políticas enunciadas en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia sin mencionar ejemplos de esas políticas que pudieran ser arbitrarios o que pudieran inducir a error.

B. Régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de insolvencia (párrafos 5 y 6)

47. Se sugirió que se suprimieran los ejemplos dados en la última frase del párrafo 6, pues podían dar la falsa impresión de que los procedimientos de reorganización agilizados sólo podían realizarse con ciertos tipos de deudas.

C. Inclusión de los bienes gravados en la masa de la insolvencia (párrafos 7 a 19)

48. El Grupo de Trabajo convino en que los bienes gravados debían formar parte de la masa de la insolvencia. Ahora bien, hubo discrepancias acerca de si los bienes sujetos a retención o transferencia de la titularidad debían formar parte o no de la masa de la insolvencia.

49. Según opinó una delegación, esos bienes debían regularse del mismo modo que los bienes gravados. Se argumentó que si el vendedor que tuviera un derecho de retención de la titularidad se beneficiara de derechos especiales y superiores no relacionados con el precio y la calidad, se desvirtuaría la competencia con otros proveedores de crédito y ello repercutiría negativamente en el precio de los bienes y de los servicios y también en la oferta y el costo del crédito. Además, se observó que, aun cuando se considerara que era una cuestión de mantenimiento o rechazo del contrato de compraventa por parte del representante de la insolvencia, los bienes no se entregarían al vendedor antes de que expirara el plazo de 30 ó 60 días durante el cual el representante de la insolvencia debía adoptar una decisión. Además, se dijo que, en caso de reorganización, o en caso de liquidación de una empresa como negocio en marcha, los bienes sujetos a retención de la titularidad se tratarían del mismo modo que todos los demás bienes necesarios para el éxito de la reorganización o de la liquidación de una empresa como negocio en marcha. Por

otra parte, se señaló que en el proyecto de guía convendría formular recomendaciones claras a fin de ayudar a los países que carezcan de las técnicas modernas de las operaciones garantizadas a beneficiarse de un mayor acceso a crédito de bajo costo, en vez de centrarse en la evolución histórica de ciertos países que, en cualquier caso, variaba considerablemente en lo relativo a la retención de la titularidad.

50. Según otra opinión, los bienes sujetos a retención o transferencia de la titularidad no deberían formar parte de la masa de la insolvencia. Se sostuvo que el vendedor o el cesionario de los bienes no eran acreedores y que los bienes vendidos o cedidos de forma lícita por el deudor a otra persona no deberían estar sujetos a la masa de la insolvencia. Según otra opinión, sólo deberían quedar excluidos de la masa de la insolvencia los bienes sujetos a retención de la titularidad, ya que las cesiones de titularidad a efectos de garantía eran equiparadas a garantías reales normales en el caso de la insolvencia, incluso en los países que, en otras situaciones, las consideraban mecanismos de titularidad. Se observó que ese trato privilegiado dado al crédito de proveedores tenía repercusiones en la eficiencia de los costos, dado que el crédito de proveedores era más fácil de obtener y más asequible que el crédito bancario, y contrarrestaba la posición dominante de las instituciones de financiación en los mercados crediticios. Además, se argumentó que la concesión de preferencia al crédito de proveedores era una decisión dictada por la necesidad de apoyar los mercados de oferta de bienes y servicios. Por estas razones, se sugirió que se diera prelación a la retención de la titularidad a partir del momento en que fuera concedida (aun cuando estuviera sujeta a la inscripción en un registro; prelación privilegiada o absoluta).

51. Según otra opinión, el hecho de que la retención o la transferencia de la titularidad se defina jurídicamente o no como garantía no tenía importancia en la insolvencia, siempre y cuando los bienes que estuvieran sujetos a retención o transferencia de la titularidad o los derechos del deudor sobre esos bienes formaran parte de la masa de la insolvencia. Se sostuvo que lo realmente importante no era la calificación jurídica sino las consecuencias económicas de si se consideraba o no un mecanismo de garantía el hecho de tratar la retención de la titularidad a efectos de publicidad y de insolvencia. Frente a este argumento se señaló, no obstante, que la caracterización jurídica sí importaba, puesto que si la retención de la titularidad era equiparada a una garantía real y los bienes sujetos a dicha retención formaban parte de la masa de la insolvencia, el representante de la insolvencia podría conservarlos sin tener que pagar el precio pendiente aun cuando no hubiera rechazado el contrato. Únicamente en el caso de que la retención de la titularidad fuera considerada un mecanismo de titularidad, los bienes sujetos a retención no formarían parte de la masa de la insolvencia y, por consiguiente, el representante de la insolvencia se vería obligado a pagar el saldo pendiente del precio, antes de efectuar cualquier otro pago a otros acreedores garantizados, a fin de mantener los bienes en la masa de la insolvencia.

52. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) examinaría una definición amplia de “bienes” (“propiedades, derechos y títulos del deudor, incluidos los derechos y títulos sobre bienes en posesión o no del deudor, corporales o inmateriales, muebles o inmuebles, incluidos los derechos del deudor sobre bienes objeto de una garantía real o sobre bienes propiedad de terceros”). En consecuencia, se sugirieron varios cambios. Concretamente, se

sugirió que se revisara la segunda frase del párrafo 10 de modo que todos los bienes o derechos del deudor relacionados con los bienes formaran parte de la masa de la insolvencia, independientemente de la caracterización jurídica de la operación pertinente; también se sugirió que el párrafo 11 dispusiera que las transferencias de bienes del deudor al acreedor estuvieran sujetas a acciones de impugnación; que el párrafo 12 dispusiera que, si la retención de la titularidad se equiparaba a una garantía real, los bienes sujetos a mecanismos de retención de la titularidad formaran parte de la masa; que el párrafo 17 dispusiera que el producto de los bienes gravados formaría parte de la masa, a reserva de la garantía real; y que los bienes adquiridos ulteriormente no estarían gravados por la garantía real, a menos que fueran producto de los bienes gravados.

53. En respuesta a una pregunta, se señaló que la definición propuesta de "bienes" no constituía una modificación del criterio seguido en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia conforme al cual los bienes de terceros no formaban parte de la masa de la insolvencia, pero sí quedaban comprendidos en ella los derechos del deudor sobre esos bienes. El Grupo de Trabajo convino en que, en toda nueva redacción de esa sección, debería tenerse presente este criterio.

54. Durante el debate se formularon varias sugerencias. En particular, se propuso que se revisara el párrafo 7 de modo que dispusiera claramente que los bienes gravados formaban parte de la masa de la insolvencia. También se sugirió que en el párrafo 7 se dieran ejemplos de situaciones en que los bienes del tercer otorgante estuvieran en posesión del deudor. Se sugirió asimismo que en el párrafo 10 no se hiciera únicamente referencia a los derechos contractuales sino también a los derechos reales del deudor en relación con los bienes gravados. También se sugirió que, en el párrafo 11, se sustituyeran las palabras "el precio pagado" por las palabras "el pago u otra forma de cumplimiento por el deudor". Por otra parte, se sugirió que los párrafos 14 y 15 se complementaran especificando razones que justificaran los dos distintos enfoques de la cuestión del saldo excedentario que quede después del pago del vendedor. También se sugirió que se examinara la cuestión de quién debe soportar el riesgo de un eventual déficit. Del mismo modo, se sugirió que se revisara el párrafo 16 para que dispusiera que tal vez sería necesario que durante el procedimiento de insolvencia se determinara en diversas ocasiones el valor de los bienes, en función del propósito de la evaluación (por ejemplo, el acreedor garantizado puede tratar de conseguir que se levante la paralización alegando que el valor de la garantía real es superior al del bien).

55. Tras el debate, se pidió a la Secretaría que revisara la sección teniendo en cuenta las opiniones expresadas y las sugerencias formuladas y que ajustara el texto al de las secciones pertinentes del proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia.

D. Limitaciones de la ejecutabilidad de las garantías reales (párrafos 20 a 27)

56. El Grupo de Trabajo señaló que, en virtud del criterio seguido en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia, la paralización se aplicaba a todos los acreedores, incluidos los garantizados, y también a los propietarios de bienes sobre los que el deudor tuviera algún derecho (por ejemplo, los propietarios en virtud de un pacto de retención del dominio). Se sugirió que se revisara la tercera frase del párrafo 22 para reflejar esta idea. También se sugirió que el párrafo 27 se armonizara con las recomendaciones pertinentes del proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia (recomendación 35 b): paralización de las medidas aplicables en el momento de la apertura, y recomendación 43: bienes onerosos). Además, se observó que la demora en la disposición de los bienes por parte del administrador de la insolvencia, mencionada en la segunda frase del párrafo 25, no figuraba entre los motivos para el levantamiento de la paralización enunciados en la recomendación 35 b).

E. Participación de los acreedores garantizados en el procedimiento de insolvencia (párrafos 28 y 29)

57. Se observó que en virtud del proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia los acreedores garantizados tenían el derecho a participar plenamente en los procedimientos de insolvencia. Por consiguiente, se sugirió que, después de aclarar este punto, se hiciera una referencia a la sección pertinente del proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia y se suprimiera el texto restante de los párrafos 28 y 29. Si bien se convino en que el párrafo 29, que reflejaba conceptos generalmente aceptados en el derecho actual, podía suprimirse, se expresaron dudas sobre si era apropiado suprimir el párrafo 28, en el que se habían introducido algunas ideas sobre la participación de los acreedores garantizados en los comités de acreedores. Se replicó que, de conformidad con el enfoque actual del proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia, los acreedores garantizados participarían en los comités de acreedores garantizados. Se señaló que sería útil hacer algún tipo de referencia a esta cuestión en el nuevo texto que reemplazara los párrafos 28 y 29.

58. Se observó también que tal vez sería útil complementar la afirmación general relativa a la plena participación de los acreedores garantizados en los procedimientos de insolvencia con palabras que especificaran que la participación de un acreedor garantizado en calidad de acreedor garantizado o no garantizado dependería de si el valor de la obligación garantizada era superior o inferior al de los bienes gravados.

F. Eficacia de las garantías reales y acciones de impugnación (párrafos 30 a 32)

59. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el tema de la impugnación de las operaciones garantizadas en procedimientos de insolvencia se trataba exhaustivamente en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia y

convino en que los párrafos 30 a 32 contuvieran una remisión a la sección pertinente del proyecto de guía y se ajustaran a ella.

60. Se sostuvo que si un acreedor no adoptaba las medidas necesarias para hacer valer su garantía real frente a terceros (lo cual se describe en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia con el término "perfeccionamiento"), existía un motivo para resolver la operación garantizada que debería abordarse en el proyecto de guía. Se observó que el proyecto de guía trataba esta cuestión en los capítulos relativos a la publicidad y la prelación.

61. Se objetó que la referencia a la "cesión" de un derecho real en el párrafo 31 no parecía suficientemente clara. Para paliar el problema, se sugirió que se emplearan los conceptos utilizados en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia, tales como la constitución o el "perfeccionamiento" de una garantía real durante el período de sospecha. Otra posibilidad consistiría en hablar simplemente de "operaciones garantizadas".

62. Durante el debate se sugirió que en esta sección se previera el supuesto en que una empresa otorgara una garantía real a otra empresa del mismo grupo. También se sugirió que en los párrafos 30 a 32 se pusiera de relieve la necesidad de que los períodos de sospecha y de prescripción fueran breves, en particular con respecto a las operaciones que no fueran fraudulentas pero que tuvieran lugar precisamente durante el período de sospecha. El Grupo de Trabajo, tomando nota de que la primera cuestión se regía por disposiciones legales distintas del régimen de la insolvencia y de que la segunda cuestión era tratada en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia, decidió no abordar ninguna de las dos cuestiones.

G. Prelación relativa de las garantías reales (párrafos 33 a 35)

63. El Grupo de Trabajo convino en que, conforme se dice tanto en el párrafo 33 como en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia, el régimen de la insolvencia debía respetar la prelación de toda garantía real que fuera anterior a la apertura del procedimiento. Se convino asimismo en que las excepciones a dicho principio fueran limitadas y, de haber alguna, estuviera indicada en términos predecibles y transparentes.

64. Respecto de los ejemplos enunciados en el párrafo 34, se expresaron diversos pareceres. Uno de ellos fue el de suprimir los ejemplos, a fin de no expresar respaldo alguno a la concesión de tales privilegios (o "créditos privilegiados"). Se dijo que el efecto económico de dichos privilegios era reducir el valor disponible para los acreedores garantizados, con lo cual disminuiría la cuantía del crédito financiero ofrecido y se incrementaba su costo. Se observó que ese resultado sería contrario a los objetivos básicos de la política enunciada en el proyecto de guía.

65. Según otro parecer, si bien no debía recomendarse la práctica de establecer excepciones, convendría retener los ejemplos que se daban. Se observó que con dicho enfoque se acrecentaría la utilidad y la credibilidad del proyecto de guía, que podría verse mermada si no se examinaba una práctica que era objeto de un amplio debate en los círculos de expertos y que estaba admitida por regímenes incluso modernos de la insolvencia. El Grupo de Trabajo observó con interés que en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia figuraba un texto redactado en

términos similares a los del párrafo 34 (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, párr. 424). Se respondió al parecer así expresado que, de retenerse dichos ejemplos, debería incorporarse al texto una indicación clara sobre los efectos potencialmente perjudiciales de dichas excepciones sobre la oferta y el costo del crédito financiero.

66. Según otro parecer, el proyecto de guía debería examinar la cuestión a fin de dar a conocer mejor las ventajas y los inconvenientes de esos privilegios, pero dejando la decisión en manos del legislador. Se observó que al presentar la cuestión de los criterios, además de las posibles soluciones y sus ventajas y desventajas relativas, el proyecto de guía logrará mejor su objetivo de orientar al legislador y de promover la oferta de crédito financiero de bajo costo. Se dijo además que, en algunos países, las excepciones venían impuestas por normas de rango constitucional. Se observó además que, en los países que no permitían que una empresa deudora gravara la totalidad de sus bienes, la práctica de limitar porcentualmente el valor del patrimonio gravable del deudor o de reservar un porcentaje de dicho patrimonio para los acreedores ordinarios en todo supuesto de insolvencia (designada a veces como "reserva acotada"-"*ring-fencing"*), podía ser la única forma en que esos países pudieran aceptar una modalidad de garantía real constituida sobre la totalidad del patrimonio de una empresa. A ese respecto, en vista del examen por el Grupo de Trabajo de las hipotecas sobre establecimientos mercantiles y de las cargas flotantes (véanse los párrafos 16 a 22 *supra*), se sugirió limitar la práctica de la reserva acotada a las garantías constituidas sobre la totalidad del patrimonio (y posiblemente, a los acreedores involuntarios, que lo fueran a resultas del ejercicio de una acción por responsabilidad civil o extracontractual).

67. En el curso de las deliberaciones, se sugirió que cabría complementar el texto del párrafo 33 con alguna referencia a la necesidad de que el régimen de la insolvencia respete todo acuerdo de subordinación previo a la apertura de un procedimiento. Tras observar que este asunto estaba siendo examinado por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), el Grupo de Trabajo convino en la necesidad de coordinar la labor de los dos Grupos de Trabajo sobre este asunto.

68. Se hicieron también cierto número de sugerencias de índole formal, incluidas la de sustituir la palabra "monto", en la penúltima oración del párrafo 33, por la palabra "alcance" o "magnitud"; la de insertar al final de la última oración las palabras "podrán establecerse excepciones en el marco del derecho fiscal o laboral" en lugar de "las excepciones deberán establecerse, no sólo en la legislación fiscal o laboral", suprimiéndose el resto del texto actual de dicha oración; la de insertar una cuarta oración en el párrafo 33 que se refiera al impacto económico negativo de los privilegios sobre la disponibilidad de crédito financiero y su costo; y la de sustituir en el párrafo 35 las palabras "dado que" por "en la medida que".

69. Tras deliberar al respecto, se pidió a la Secretaría que revisara la sección examinada a la luz de los diversos pareceres expresados, y que tratara de equilibrar el texto actual teniendo en cuenta el objetivo señalado por el proyecto de guía de aumentar en lo posible la oferta de crédito financiero garantizado, particularmente en los países en desarrollo.

H. Financiación otorgada con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia (párrafos 36 a 41)

70. Se sugirió suprimir la palabra "solvente" de la penúltima oración del párrafo 41 a fin de no dar a entender que sería siempre improcedente otorgar crédito a un deudor insolvente. Por lo demás, el Grupo de Trabajo se mostró satisfecho con la formulación actual de esta sección.

I. Procedimiento de reorganización (párrafos 42 a 47)

71. Se hicieron cierto número de sugerencias. Una de ellas era la de que se suprimiera el párrafo 44, ya que su texto contradecía la postura adoptada por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) de que los acreedores garantizados deben participar en el procedimiento de insolvencia. Se sugirió también que se reformulara la primera oración del párrafo 45 a fin de especificar lo que sucedería en el supuesto de que un acreedor garantizado no se declarara conforme con el plan de reorganización propuesto. Por último, se sugirió que, al final del párrafo 46, se insertaran palabras del siguiente tenor: "Tal vez proceda también otorgar al acreedor garantizado, respecto de su obligación garantizada, condiciones que correspondan a las imperantes en el mercado".

J. Agilización del procedimiento de reorganización (párrafos 48 a 51)

72. El Grupo de Trabajo convino en que convendría alinear el texto de esta sección con lo dicho en la parte correspondiente del proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia, en el que se destacaba la idea de que un procedimiento de reorganización acelerado no dejaba de ser un procedimiento oficial o formal.

K. Resumen y recomendaciones (párrafos 52 a 59)

73. Se convino en la necesidad de reformular el párrafo 52 a fin de puntualizar mejor que cuando se concertara un pacto de retención del dominio o de la titularidad a título de garantía, los bienes objeto de dicho pacto pasaban a formar parte de la masa de la insolvencia, mientras que cuando el pacto de retención de la titularidad no estuviera conceptuado como mecanismo de garantía, los bienes objeto de dicho pacto no entraban a formar parte de la masa; ahora bien, si dichos bienes eran objeto de un pacto de transferencia de la titularidad con fines de garantía, esos bienes no dejaban de formar parte de la masa de la insolvencia, dado que dicha transferencia venía a ser un acto meramente constitutivo de una garantía real. Se convino en que se no había determinado la función de la retención de la titularidad en la insolvencia y al margen de tales procedimientos y que quedaba, por tanto, pendiente de reglamentación. Se convino además en que, de conformidad con el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia, en el párrafo 54 debería enunciase el principio de la participación "plena" de los acreedores garantizados en todo procedimiento de insolvencia. Se convino asimismo en que, para dotar a las partes del margen de maniobra requerido para formular un plan de reorganización, convendría agregar al principio de la segunda frase del párrafo 58 las siguientes palabras: "Salvo acuerdo en contrario del acreedor garantizado". Se convino también en la necesidad de

reformular en cierta medida el texto del párrafo 59 a la luz de las enmiendas sugeridas para los párrafos 48 a 51, y que dicho texto reformulado se ajustara, con alguna ligera enmienda, a los términos empleados en el texto del párrafo 51. El Grupo de Trabajo se mostró satisfecho con la formulación actual de los párrafos 53 y 55 a 57.

74. Al clausurar sus deliberaciones sobre el capítulo IX, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del capítulo, en la que se tuvieran en cuenta las opiniones expresadas y las sugerencias formuladas.

L. Relación entre las dos guías

75. El Grupo de Trabajo pasó a examinar la relación existente entre el proyecto de guía sobre las operaciones garantizadas y el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia. Se convino de entrada en que se había de procurar que una y otra guía fueran coherentes entre sí. Se expresaron diversos pareceres sobre cómo se había de proceder para conseguir tal objetivo.

76. Según uno de los pareceres, el capítulo de la insolvencia debería examinar a fondo las cuestiones planteadas al respecto, informando plenamente de los enfoques que cabría adoptar y de las ventajas y desventajas relativas de cada uno de ellos, facilitándose todo ejemplo que procediera para ilustrar algún punto, y emitiéndose recomendaciones firmes aun cuando dichas cuestiones fueran examinadas más a fondo en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia. Se dijo que este capítulo era un texto de singular importancia, quizá el más importante del proyecto de guía, y que debería prestarse a ser leído sin tener que consultar el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia. Se observó que su texto debería ser lo bastante autónomo como para impartir por sí solo una orientación eficaz al legislador, particularmente en aquellos países en los que la autoridad encargada de la reforma del régimen de las operaciones garantizadas no fuera la misma que la que se encargara del régimen de la insolvencia. Se observó además que el proyecto de guía era el lugar indicado para destacar la importancia de facilitar la oferta de crédito financiero garantizado, lo que no cabría hacer en igual medida en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia.

77. Según otro parecer, debería procurarse que el capítulo de la insolvencia fuera lo más breve posible. Se observó que la claridad no estaba reñida con la brevedad del texto, siempre y cuando se hiciera la debida referencia a las partes correspondientes del proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia. Se observó además que con un texto más breve disminuiría el riesgo de divergencias o, al menos, de repeticiones innecesarias en una y otra guía. Se dijo, por otra parte, que ampliar el capítulo de la insolvencia, particularmente cuando se hiciera para adentrarse en cuestiones que se hubieran examinado a fondo en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia, se prestaría a ser interpretado como una insistencia excesiva en el objetivo de amparar al acreedor garantizado en detrimento del objetivo global de formular un texto viable y equilibrado que ofreciera un asesoramiento global y ponderado a los Estados.

78. Tras deliberar al respecto, se convino en que cabría efectuar en el capítulo de la insolvencia un análisis completo de las cuestiones pertinentes siempre que se salvaguardara la coherencia con lo tratado en proyecto de guía sobre el régimen de

la insolvencia. Se convino asimismo en que este capítulo pusiera de relieve la importancia del crédito financiero garantizado y la necesidad de leer las dos guías cotejando sus respectivos textos.

M. Coordinación con la labor del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)

79. El Grupo de Trabajo pasó seguidamente a examinar la cuestión de la coordinación de su labor con la del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia). Se observó que estaba previsto que el Grupo de Trabajo V concluyera su labor en su próximo período de sesiones (Nueva York, 22 a 26 de marzo de 2004) y que presentara su proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia a la Comisión en su 37º período de sesiones (Nueva York, 14 de junio a 2 de julio de 2004) (véase el párrafo 121 *infra*).

80. En vista de la urgencia y de la importancia de la labor de coordinación, el Grupo de Trabajo convino en que se celebrara otro período de sesiones conjunto de los dos grupos de trabajo. Se convino asimismo en que dicho período de sesiones conjunto se celebrara con ocasión del quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo (Nueva York, 29 de marzo a 2 de abril de 2004). También se convino en que la finalidad de ese período de sesiones conjunto, que podría tener una duración de una jornada y media (29 y 30 de marzo de 2004), sería examinar toda cuestión pendiente y perfeccionar, en la medida necesaria, la formulación del texto en los puntos de intersección entre una y otra guía. Se observó, a ese respecto, que holgaba insistir en la importancia de la coordinación interna entre las delegaciones asistentes a los respectivos grupos de trabajo.

81. Con respecto a las cuestiones que seguían pendientes y que sería preciso examinar, se hicieron cierto número de sugerencias, como la del régimen aplicable a los pactos de retención del dominio o de la titularidad (y tal vez a los pactos de transferencia del dominio, a la venta condicionada y al arriendo financiero) y de subordinación en el marco de la insolvencia; la cuestión de los créditos privilegiados, particularmente en lo relativo a las garantías constituidas sobre la totalidad de los bienes del deudor; y la protección que se ha de dar al valor de toda garantía real, así como el momento y la manera en que debe determinarse el valor económico de tal garantía; la duración del período de sospecha durante el cual se pueden impugnar cesiones o transferencias consideradas preferentes; y la duración del plazo durante el cual el representante de la insolvencia puede entablar acciones de impugnación de operaciones garantizadas.

82. Respecto de los puntos de intersección entre una y otra guía, se observó que el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia examinaba en diversos lugares las cuestiones relacionadas con las garantías reales, y particularmente en el capítulo III: Tratamiento de los bienes a raíz de la apertura del procedimiento (A.2 b), Bienes gravados; A.2 c) Bienes pertenecientes a terceros; B.3 c) Alcance de la paralización: acreedores garantizados; B.6 Duración de la paralización; B.8 Protección de los acreedores amparados por una garantía; B.9 Restricciones de los actos de disposición patrimonial del deudor; C.2 Utilización y actos de disposición de los bienes gravados; C.3 Bienes que sean propiedad de terceros; C.4 Régimen aplicable al producto en metálico; D.3 a), b) Prelación y garantías otorgadas a la

financiación negociada con posterioridad a la apertura del procedimiento; E. Régimen aplicable a los contratos; y F.3 d) Impugnación de las garantías reales); Capítulo III. El deudor, el representante de la insolvencia y los acreedores (C.2 f) Los acreedores garantizados: deber de participación de los mismos en el procedimiento de insolvencia); Capítulo IV. Plan de reorganización (A.5 b) Aprobación del plan por los acreedores garantizados); Capítulo V. Administración del procedimiento (A.2 a) Obligación de los acreedores de presentar sus créditos); Capítulo VI. Orden de prelación (C.1 a) Garantías reales).

83. Tras el debate, se pidió a la Secretaría que preparara una lista de las cuestiones que habrían de examinarse en el período de sesiones conjunto, teniendo en cuenta las sugerencias formuladas.

Capítulo I. Introducción (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1)

A. Finalidad y alcance (párrafos 1 a 13)

84. El Grupo de Trabajo examinó el alcance del proyecto de guía. Se convino en que, en principio, todo tipo de bienes eran susceptibles de ser constituidos en garantía y podían, por ello, entrar en el ámbito del proyecto de guía, a menos que fueran expresamente excluidos. Se mencionaron como ejemplos de bienes expresamente excluidos: los títulos bursátiles; los buques y las aeronaves (al menos, en lo relativo a su inscripción registral y a efectos de prelación); y los bienes que fueran objeto de ciertas convenciones. A título práctico, se convino, no obstante, en que el proyecto de guía se ocupara de los bienes mercantiles básicos, tales como las mercancías, así como de las existencias y los bienes de equipo industrial, y de los créditos comerciales por cobrar; pero se convino también en que cabría estudiar si sería viable que el proyecto de guía fuera aplicable a bienes como los pagarés, los cheques, las cartas de crédito, las cuentas de depósito y los bienes de propiedad industrial y de propiedad intelectual.

85. Se expresó particular interés por los derechos de propiedad intelectual e industrial, no sólo por razón de su importancia económica sino también por formar parte de toda operación en que la garantía real gravara la totalidad de los bienes del deudor o se constituyera sobre bienes de equipo industrial. Al mismo tiempo, se advirtió de la complejidad de los problemas que planteaba el tema. En todo caso, se convino en que toda labor emprendida en este ámbito jurídico sería coordinada con la de las organizaciones competentes, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

86. En el curso de las deliberaciones, se expresó interés por un régimen que facilitara el reconocimiento transfronterizo de las garantías reales. Se dijo que cabría examinar la denominada “regla del país de origen”, o de la territorialidad de la garantía, con miras a determinar si cabía encontrar una solución al problema de que no se reconociera la garantía real constituida sobre ciertos bienes, una vez que dichos bienes traspasaran la frontera del país de origen de la garantía. Si bien se escuchó con interés dicha sugerencia, se observó que las operaciones financieras entrañaban numerosos problemas de cierta complejidad que no podían resolverse como un mero conflicto de leyes en el marco del derecho internacional privado. Se señaló asimismo que la cuestión del reconocimiento transfronterizo se regulaba en

el capítulo X (Conflicto de leyes), en el que se enunciaban también reglas más generales sobre los conflictos de leyes.

87. Respecto de la formulación de algunos de los párrafos, se hicieron diversas sugerencias. Una de ellas era la de suprimir, en el párrafo 8, la referencia que se hacía a los bienes inmuebles a fin de no dar lugar a la sospecha de que el régimen previsto en el proyecto de guía tenía por objeto interferir en el régimen de la propiedad o de la inscripción registral de los bienes raíces. Se recordó lo dicho anteriormente en el Grupo de Trabajo (véase el párrafo 20 *supra*) en el sentido de que el proyecto de guía se ocuparía únicamente de los bienes muebles, lo que no impediría que determinados Estados permitieran la constitución de ciertas garantías reales sobre bienes inmuebles en el caso de las hipotecas de establecimiento mercantil. Se sugirió también colocar el párrafo 11 entre corchetes, a fin de aplazar todo examen a fondo de dicho texto hasta que el Grupo de Trabajo hubiera resuelto las cuestiones pertinentes. Una última sugerencia fue la de que en el párrafo 13 se hiciera mención de la Ley Uniforme relativa a las garantías reales de la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA).

B. Terminología (párrafo 14)

Garantía real

88. Se convino en suprimir los corchetes en torno a las palabras "y accesorios fijos". Se convino asimismo en que no era necesario hacer ninguna referencia explícita a los "bienes incorporados", ya que dichos bienes quedaban englobados en el concepto de "bienes muebles". Se sugirió asimismo que se sustituyera la referencia a derechos reales por una referencia más genérica a la validez frente a todo el mundo (*erga omnes*) de una garantía real. Se sugirió, por otra parte, que cabría limitar las categorías de bienes susceptibles de ser objeto de una garantía real a los bienes mercantiles o pertenecientes a una sociedad mercantil. Frente a esa sugerencia se adujo que el Grupo de Trabajo había adoptado un criterio particularmente amplio para la determinación de dichos bienes (véase el párrafo 37 *supra*).

Otorgante

89. Se convino en que se omitiera la referencia a la titularidad o posesión de que gozara el otorgante sobre los bienes constituidos en garantía ("sus bienes"). Se convino asimismo en que el término "persona" bastaba para englobar a personas tanto físicas como jurídicas.

Bienes corporales

90. Se sugirió que se reformulara la definición de "bienes corporales" para eliminar de su texto toda tautología.

Accesorios fijos

91. Se sugirió que se enmendara la definición para hacer referencia al bien inmueble "al que estuvieran incorporados los accesorios fijos".

Producto

92. Se convino en que la definición se reformulara en términos como los siguientes: "Por 'producto' se entenderá todo lo que se reciba por razón del bien o de los bienes gravados, incluidos los frutos de los bienes gravados". Se dijo que de este modo quedaría englobado todo producto involuntario (por ejemplo, el producto reportado por un seguro) y que un mismo régimen sería aplicable al producto y a los frutos de los bienes gravados. Se mencionó también la posibilidad de definir por separado el producto y los frutos de los bienes. Se observó asimismo que si esta definición de "producto" no coincidía con la que figuraba en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos era por la diferencia de contextos y porque dicha Convención regulaba también las cesiones puras y simples.

Prelación

93. Se explicó que la definición de prelación difería de la enunciada en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos debido a que el contexto de dicha Convención era distinto y a que la definición cumplía en ese texto una función distinta (la de remitir a la ley aplicable cierto número de cuestiones relacionadas con la prelación).

Garantía real con desplazamiento

94. No se aceptó la sugerencia de que se mencionara el "control" como forma eventual del ejercicio de la posesión sobre bienes inmateriales. Se dijo que bastaba con referirse a la posesión por medio de un representante. Se dijo asimismo que, antes de introducir cambio alguno, convendría verificar cómo se empleaban y entendían términos "posesión" y "control" en el texto del proyecto de guía.

Procedimiento de insolvencia y representante de la insolvencia

95. Se pidió a la Secretaría que alineara las definiciones de "procedimiento de insolvencia" y "administrador de la insolvencia" con las correspondientes definiciones del proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia.

Nuevas definiciones

96. Se sugirió que se agregaran al texto definiciones de los siguientes conceptos: "precio de compra", "derecho de garantía", "deudor de una cuenta" y "comprador en el giro normal de los negocios". Por falta de tiempo no se pudo examinar esta sugerencia.

C. Ejemplos de prácticas financieras que abarcará la Guía (párrafos 15 a 26)

97. El Grupo de Trabajo estuvo en general de acuerdo en que los ejemplos utilizados estaban bien elegidos y estructurados. También se convino en que, al haberse limitado el número de ejemplos y los detalles, se había facilitado la comprensión, por lo que en general no se deseaba proponer modificaciones importantes del texto actual.

98. Con respecto a los párrafos 17 y 19, se sugirió que se hiciera referencia a la financiación del precio de compra, que habría que definir, y no a la retención de la titularidad. Se sugirió también que la retención de la titularidad se equiparase a una garantía real. Esta sugerencia fue objeto de críticas (véase el párrafo 107 *infra*). Concretamente, se observó que en muchos países la retención de la titularidad no era asimilada a un mecanismo de garantía y, por lo tanto, al menos para esos países, la actual definición de "garantía real" que figuraba en el proyecto de guía no abarcaba la retención de la titularidad. A este respecto, se sugirió que la retención de la titularidad se excluyera por completo del ámbito de aplicación del proyecto de guía o fuera incluido en él pero quedara sujeto a reglas especiales.

99. Respecto del párrafo 20 se formularon varias sugerencias, a saber, que se hiciera referencia al arrendamiento financiero; que se mencionara que el arrendatario tenía una opción de compra pero no la obligación de comprar; y que se hiciera referencia a las cuentas de depósito en términos como los siguientes: "Agrico mantiene una cuenta bancaria con el prestamista A, cuyo préstamo permitió a Agrico pagar el precio de compra de las ruedas. El prestamista A constituye una garantía real sobre la cuenta bancaria como garantía para el reembolso del préstamo". En cuanto al párrafo 23, se sugirió que se revisara su texto para hacer referencia a las existencias y a los créditos por cobrar que fueran aceptables como garantía.

Capítulo II. Objetivos clave (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrafos 27 a 36)

100. Con respecto al párrafo 27, se observó que reflejaba la finalidad general del proyecto y que, por consiguiente, debería completarse con una referencia a las repercusiones económicas del régimen de las operaciones garantizadas. Se sostuvo que el proyecto de guía no debería ser un tratado de derecho comparado sino que debería más bien contener un análisis y recomendaciones que fueran de utilidad, en determinados países en desarrollo, a la hora de obtener acceso a los mercados crediticios. Si bien se convino en que las repercusiones económicas de la adopción de uno u otro enfoque en el proyecto de guía eran un factor importante, se señaló que los resultados económicos de un régimen eran difíciles de evaluar y que, en cualquier caso, dependían también de la infraestructura pertinente, incluido el sistema judicial y los mecanismos de ejecución, lo cual estaba, según se dijo, bien expuesto en el párrafo 2 del capítulo.

101. Respecto del párrafo 28, se sugirió que se hiciera referencia a las obligaciones futuras y contingentes (véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párr. 9). En cuanto al párrafo 30, se sugirió que fuera revisado para indicar la conveniencia de reducir al mínimo las disposiciones legales imperativas en beneficio de la autonomía de las partes. También se sugirió que se hiciera referencia al hecho de que el proyecto de guía no sólo no prevalecería sobre la legislación de protección del consumidor sino que incluso remitiría a disposiciones de este ámbito.

102. Con respecto a la última frase del párrafo 35, se pidió que fuera revisada con el fin de puntualizar que la garantía real debería poder cumplir su función principal de ayudar al acreedor garantizado a recuperar por lo menos una parte de su crédito en el procedimiento de insolvencia. Si bien esa sugerencia recibió cierto apoyo, se

señaló que esta observación debería redactarse de forma que se ajustara a la labor del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y tuviera en cuenta en particular las consideraciones relativas a la reorganización.

Capítulo VII. Prelación (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3)

A. Introducción (párrafos 1 a 5)

103. Se observó que en la introducción se ponía suficientemente de relieve la importancia económica del concepto de la prelación; no obstante, convendría también explicar mejor las reglas recomendadas y vincularlas a los objetivos clave del proyecto de guía. Se observó asimismo que el concepto de prelación debería definirse de forma práctica, a fin de facilitar la competencia entre los proveedores de crédito y de evitar que éstos fueran objeto de discriminación.

104. Además, se sugirió que, en los párrafos 2 y 4, se hiciera referencia a la recomendación del párrafo 89 relativa a la modificación de la prelación mediante acuerdo. En cuanto a la redacción, se sugirió que en la introducción se insertaran referencias a las secciones subsiguientes a fin de facilitar la lectura del capítulo.

B. Reglas de prelación (párrafos 6 a 14)

105. Con respecto al análisis sobre los plazos de gracia que figura en el párrafo 10, se sugirió que se revisara el texto para aclarar que sólo habría que tomar en consideración esos plazos cuando la inscripción no pudiera efectuarse antes de la celebración del acuerdo de garantía o del desembolso de los fondos. También se sugirió que se suprimiera el último ejemplo del párrafo 10, dado que, en virtud de toda regla de prelación basada en la fecha de inscripción, el momento de constitución de la garantía no era pertinente y en el ejemplo se prejuzgaba la cuestión del momento a partir del cual era eficaz la inscripción, tratada en el capítulo V (Publicidad e inscripción en un registro).

106. Respecto del párrafo 12 se observó que, hasta que el Grupo de Trabajo no haya podido llegar a un acuerdo sobre las reglas básicas aplicables a las garantías reales sobre bienes mercantiles clave, la referencia al concepto de control, fuera de contexto, era una complicación innecesaria, por lo que debería suprimirse. Esta sugerencia fue objeto de discrepancias. En cuanto al párrafo 13, se sugirió que la referencia al concepto de "perfeccionamiento" fuera sustituida por una referencia a la publicidad. También se señaló que en el párrafo era preciso explicar por qué razón la posesión prevalecía sobre la inscripción.

C. Otras reglas de prelación (párrafos 15 a 17)

107. Con respecto al párrafo 17 se expresó el parecer de que el análisis de la retención de la titularidad no era del todo equilibrado. En apoyo de esta opinión se sostuvo lo siguiente: el hecho de que no hubiera un modelo único de retención de la titularidad no significaba que fuera un mecanismo ineficaz; la retención de la titularidad no obstaculizaba la competencia y no era más costosa que otras operaciones similares sino al contrario; se argumentó que para los países en

desarrollo en particular no era fácil establecer un sistema de inscripción registral, y que el párrafo 17 se basaba en la hipótesis irrealista de mercados nacionales cerrados y no tenía en cuenta las dificultades que planteaba la inscripción en el país del vendedor (el problema de la transparencia) o en el país del comprador (el costo para el vendedor). En cambio, según otra opinión, expresada con brevedad por falta de tiempo, el análisis del párrafo 17 era debidamente equilibrado. Se estimó que la transparencia, la previsibilidad y la certeza eran los criterios con los que habían de juzgarse los diversos enfoques.

D. Acreedores no garantizados (párrafos 19 y 20)

108. Con respecto al párrafo 20 se sugirió que se le agregara una referencia al método consistente en asignar un porcentaje de los bienes del deudor al pago de las deudas contraídas con los acreedores no garantizados. Se observó que convendría también analizar las ventajas e inconvenientes de este enfoque. Frente a esta sugerencia se objetó que la cuestión ya era tratada en el capítulo IX (Insolvencia) y que, por lo tanto, bastaría con hacer una remisión. También se sugirió que los párrafos 19 y 20 se incorporaran a la parte del texto que trataba de los privilegios y la insolvencia. Se respondió que los párrafos 19 y 20 tenían la finalidad de puntualizar que los derechos de los acreedores garantizados prevalecían sobre los de los acreedores no garantizados y que ya se hacían remisiones adecuadas al análisis de la cuestión de los privilegios y la insolvencia, que lógicamente seguía a dichos párrafos. También se observó que la prelación de los acreedores garantizados era un principio fundamental del proyecto de guía y que debía revisarse el párrafo 20 para expresar este principio de forma inequívoca.

E. Garantía real de la financiación del precio de compra (párrafos 21 a 29)

109. El Grupo de Trabajo se declaró satisfecho con el concepto de las garantías reales de la financiación del precio de compra y con su descripción actual en los párrafos 21 a 29. Se observó que las garantías reales de la financiación del precio de compra eran garantías reales en todos los aspectos, con la excepción de las eventuales garantías que gocen de prelación absoluta conforme a una determinada política. Se señaló asimismo que esos derechos desempeñaban la misma función económica que los de retención de la titularidad y de venta condicional y que el grado de protección de que gozaran dependía de criterios de política. Se sostuvo que si se daba prelación a esas garantías desde el momento en que quedaban constituidas ("prelación absoluta"), los terceros deberían disponer de un medio objetivo para determinar su existencia.

110. El Grupo de Trabajo convino en que no sólo deberían beneficiarse de ese derecho los vendedores sino también otros acreedores que aportaran fondos para financiar el precio de compra (por ejemplo, las instituciones de financiación). Según una opinión muy general, en los países con un sistema de retención de la titularidad, el resultado era el mismo cuando el vendedor cedía su crédito a una institución de financiación, con lo cual le traspasaba también la retención de la titularidad.

111. En respuesta a una pregunta, en el supuesto poco común de que una institución de financiación y un proveedor aportaran al comprador fondos para financiar la compra de los mismos bienes, el legislador habría de decidir si habría que pagarles proporcionalmente o si se daría prelación al proveedor.

112. Sobre el tema de la notificación, tratado en el párrafo 28, se dijo que podía ser una notificación válida para una vez y renovable y que, a fin de evitar la doble financiación, debería exigirse que tal notificación se efectuara antes de la entrega de los bienes al deudor.

113. Durante las deliberaciones se sostuvo que el titular de una garantía real para la financiación del precio de compra no debería ser responsable de que el deudor incumpliera la promesa hecha a un tercero de no constituir ninguna garantía real sobre los bienes ("acuerdo de promesa de inacción"). Según se indicó, esta idea ya estaba plasmada en los artículos 9 1) y 18 3) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

114. Tras los debates, el Grupo de Trabajo convino en que en general, pero particularmente en lo que se refiere a esta cuestión, habría que centrarse más en los resultados económicos que en las técnicas utilizadas para obtener esos resultados o en las denominaciones empleadas. Se convino también en que se revisara el párrafo 17 para reflejar la convergencia de criterios a este respecto.

F. Reclamaciones para la devolución de mercancías (párrafos 30 a 33)

115. Se señaló que en el texto examinado se mencionaban las reclamaciones de devolución de mercancías con el fin de que las reglas de prelación recomendadas en el proyecto de guía abarcaran todas las posibles situaciones de conflicto y dieran así a los reclamantes concurrentes una mayor certeza en cuanto a sus derechos.

116. En respuesta a una pregunta, se aclaró que la ley permitía al vendedor reclamar la devolución de las mercancías cuando no hubiera constituido una garantía real sobre ellas ni hubiera retenido su titularidad. Se observó asimismo que la aplicación práctica de estas reclamaciones era limitada, pues estaban sujetas a limitaciones temporales (por ejemplo, debían efectuarse en un plazo de diez días después de la transferencia de las mercancías) y normalmente quedaban extinguidas cuando el comprador inicial transfería a su vez las mercancías pertinentes a un comprador subsiguiente. Respecto de la reglamentación de las reclamaciones para la devolución de mercancías en procedimientos de insolvencia, se observó que, en algunos ordenamientos, tales reclamaciones no podían presentarse al representante de la insolvencia, mientras que en otros podían presentarse del mismo modo que las garantías reales. Se convino en que esta cuestión debería regularse en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia.

G. Compradores de bienes gravados (párrafos 34 a 41)

117. Se pidió a la Secretaría que se ajustara la definición de "bienes inventariados" al análisis que figuraba en los párrafos 34 a 41 en que se hablaba del "giro" y no de "curso normal del negocio".

118. En respuesta a una pregunta, se afirmó que sólo debía ampararse al comprador en el giro normal de los negocios del vendedor, pero no a los compradores subsiguientes ("compradores ulteriores").

119. Se sugirió también que en los párrafos 34 a 41 se especificara que el comprador quedaba amparado si adquiría los bienes gravados en el giro normal de los negocios del vendedor o si el acreedor garantizado o el vendedor que retuviera la titularidad había autorizado la venta en el giro normal de los negocios. Se sugirió asimismo que en esos párrafos se puntualizara que en ambos supuestos el acreedor garantizado conservaba una garantía real sobre el producto de la venta de los bienes gravados.

120. Tras las deliberaciones, se pidió a la Secretaría que revisara los párrafos 1 a 41 del capítulo VII teniendo en cuenta las opiniones expresadas y las sugerencias formuladas.

V. Labor futura

121. El Grupo de Trabajo señaló que, habida cuenta de que el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) examinaría por última vez el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia en su próximo período de sesiones (Nueva York, 22 a 26 de marzo de 2004), sería útil que el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) (Nueva York, 29 de marzo a 2 de abril de 2004) y el período de sesiones conjunto de ambos grupos de trabajo se celebraran antes del mencionado período de sesiones del Grupo de Trabajo V. Se convino en pedir a la Secretaría que, en consulta con las presidencias de ambos grupos de trabajo y las delegaciones, estudiara la posibilidad de invertir las fechas de los períodos de sesiones de los Grupos de Trabajo V y VI, y de modificar la de su período de sesiones conjunto, que podría fijarse para el 26 de marzo de 2004.

B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su cuarto período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas Informe del Secretario General

(A/CN.9/WG.VI/WP.9 y Add.1 a 4, Add. 6 a 8)
[Original: inglés]

A/CN.9/WG.VI/WP.9

Antecedentes

1. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión examinó un informe del Secretario General sobre la posible labor futura en materia de operaciones de crédito financiero garantizado (A/CN.9/475). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que las garantías reales eran un tema importante que había sido señalado a la Comisión en el momento oportuno, habida cuenta en particular del estrecho vínculo que tenía con la labor que se realizaba acerca del régimen de la insolvencia. La opinión generalizada era que una legislación moderna sobre operaciones de crédito garantizado podía surtir importantes efectos en la oferta y el costo del crédito financiero y, por lo tanto, en el comercio internacional. También se opinó en general que esa legislación podía reducir las desigualdades en el acceso a crédito a bajo costo entre partes de países desarrollados y de países en desarrollo y en la proporción que correspondía a ambas de los beneficios del comercio internacional. No obstante, se advirtió en ese sentido que esas leyes, a fin de ser aceptables para los Estados, tenían que llegar a un equilibrio adecuado en el tratamiento de los acreedores privilegiados, los acreedores con garantías y los acreedores comunes. Se señaló también que, habida cuenta de la diversidad de criterios imperantes en la materia en el derecho interno de los Estados, sería aconsejable adoptar un planteamiento flexible con miras a preparar una serie de principios complementados por una guía, y no una ley modelo. Por otra parte, a fin de que la reforma legislativa aportara beneficios óptimos, entre ellos los de prevenir crisis financieras, reducir la pobreza y facilitar la financiación de la deuda fomentando así el crecimiento económico, convendría coordinar la labor relativa a las garantías reales con la relativa al régimen de la insolvencia[1].

2. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión examinó un nuevo informe de la Secretaría (A/CN.9/496). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que debía iniciarse la labor en materia de garantías reales, dado el impacto económico favorable que tendría un régimen moderno del crédito financiero garantizado. Se afirmó que la experiencia había demostrado que las deficiencias en ese ámbito podían tener repercusiones muy negativas en el sistema económico y financiero de un país. Se observó asimismo que un marco legal eficaz y previsible tenía ventajas macroeconómicas tanto a corto como a largo plazo. A corto plazo, concretamente cuando el sector financiero de un país atravesara una

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/55/17), párr. 459.

crisis, era indispensable contar con un marco jurídico eficaz y previsible, especialmente en lo relativo a la existencia de vías de ejecución eficientes al servicio de los créditos financieros, a fin de ayudar a los bancos y a otras instituciones financieras a mitigar el deterioro de sus créditos mediante mecanismos de ejecución rápidos, y para facilitar la reestructuración de empresas en dificultades abriendo vías que incentivaran su financiación provisional. A más largo plazo, un marco legal de las garantías reales que resulte flexible y eficaz podría ser un instrumento útil para potenciar el crecimiento económico. De hecho, si no había acceso a créditos de costo asequible, era imposible fomentar el crecimiento económico, la competitividad y el comercio internacional, pues se limitaría la posibilidad de expansión de las empresas y el desarrollo de todo su potencial[2].

3. Si bien se expresaron algunas inquietudes con respecto a la viabilidad de la labor relativa al régimen de las operaciones de crédito garantizadas, la Comisión observó que esas inquietudes no parecían ser compartidas por la mayoría y centró su atención en el alcance de dicha labor[3]. Se estimó en general que la labor debía concentrarse en las garantías reales sobre los bienes objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados. Se convino también en que los valores bursátiles no debían abordarse. En cuanto a las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual, se dijo que había menos necesidad de ocuparse de ese tema, que las cuestiones eran sumamente complejas y todo esfuerzo por abordarlas tendría que coordinarse con otras organizaciones, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)[4]. En cuanto a la forma del producto de la labor, la Comisión estimó que una ley modelo sería tal vez un marco demasiado rígido, y tomó nota de las sugerencias formuladas en el sentido de que se compendiara una serie de principios, complementados por una guía legislativa ilustrada, de ser posible, por disposiciones legales modelo[5].

4. Tras un debate, la Comisión decidió encargar a un grupo de trabajo la tarea de elaborar "un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados, a fin de determinar qué cuestiones habrían de tratarse: por ejemplo, la forma del instrumento; el alcance exacto de los bienes que podrían servir de garantía ... "[6]. Poniendo de relieve la importancia del tema y la necesidad de mantener consultas con representantes del sector industrial y profesional pertinente, la Comisión recomendó que se celebrara un coloquio de dos o tres días[7].

5. En su primer período de sesiones, celebrado en Nueva York del 20 al 24 de mayo de 2002, el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) tuvo a su disposición un primer anteproyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, preparado por la Secretaría (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y adiciones 1 a 12), un informe relativo al Coloquio Internacional CNUDMI-CFA sobre las operaciones garantizadas, que tuvo lugar en Viena del 20 al 22 de marzo de 2002 (A/CN.9/WG.VI/WP.3) y observaciones formuladas por el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (A/CN.9/WG.VI/WP.4). En ese período de sesiones, el

---

[2] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/56/17), párr. 351.
[3] Ibíd., párrs. 352 a 354.
[4] Ibíd., párrs. 354 a 356.
[5] Ibíd., párr. 357.
[6] Ibíd., párr. 358.
[7] Ibíd., párr. 359.

Grupo de Trabajo examinó los capítulos I a V y X del proyecto de guía (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y adiciones 1 a 5 y 10) y pidió a la Secretaría que revisara esos capítulos (A/CN.9/512, párr. 12). En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en la necesidad de velar, en colaboración con el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), por que las cuestiones relativas al régimen aplicable a las garantías reales, en el marco de un procedimiento de insolvencia, fueran tratadas en consonancia con las conclusiones del Grupo de Trabajo V sobre el solapamiento de la labor de dicho Grupo de Trabajo con la del Grupo de Trabajo VI (véanse A/CN.9/512, párr. 88, y A/CN.9/511, párrs. 126 y 127).

6. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su primer período de sesiones (A/CN.9/512). La Comisión expresó su reconocimiento al Grupo de Trabajo por los progresos realizados. Predominó la opinión de que esta guía legislativa daba a la Comisión la gran oportunidad de ayudar a los Estados a adoptar legislación moderna sobre las operaciones garantizadas, lo cual constituía, según la opinión general, un requisito necesario, aunque no de por sí suficiente, para fomentar el acceso a crédito a costo asequible; con ello se facilitaba el movimiento transfronterizo de bienes y servicios, el desarrollo económico y, en última instancia, las relaciones de amistad entre los países[8].

7. Además, predominó la opinión de que la iniciativa de la Comisión llegaba en el momento más oportuno, habida cuenta de las iniciativas legislativas pertinentes sobre las que se estaba trabajando a nivel nacional e internacional y habida cuenta también de la labor que la propia Comisión había decidido emprender sobre el tema del régimen de la insolvencia. A este respecto, la Comisión tomó nota con particular satisfacción de los esfuerzos realizados por el Grupo de Trabajo VI y por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), que han tratado de coordinar su labor sobre un tema de interés común como es el del tratamiento de las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. Se apoyó enérgicamente esa coordinación, que, según el criterio general, era de crucial importancia para orientar a los Estados de forma general y coherente sobre la forma de tratar las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. La Comisión respaldó la sugerencia de revisar el capítulo del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas que se refiere a la insolvencia, teniendo en cuenta los principios fundamentales convenidos por los Grupos de Trabajo V y VI (véase A/CN.9/511, párrs. 126 y 127, y A/CN.9/512, párr. 88). La Comisión destacó la necesidad de seguir coordinando la labor y pidió a la Secretaría que estudiara la posibilidad de organizar un período de sesiones conjunto de los dos grupos de trabajo en diciembre de 2002[9].

8. Tras el debate, la Comisión confirmó el mandato que en su 34º período de sesiones había encomendado al Grupo de Trabajo, consistente en elaborar un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes, incluidos los bienes inventariados. La Comisión confirmó asimismo que el mandato del Grupo de Trabajo debía interpretarse en un sentido amplio a fin de obtener un resultado debidamente flexible que revistiera la forma de guía legislativa[10].

---

[8] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párr. 202

[9] Ibíd., párr. 203.

[10] Ibíd., párr. 204.

9. En su segundo período de sesiones, celebrado en Viena del 17 al 20 de diciembre de 2002, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos VI, VII y IX (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y Adiciones 6, 7 y 9) de un primer anteproyecto de guía sobre las operaciones de crédito garantizadas, preparado por la Secretaría. En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas de estos capítulos (véase el documento A/CN.9/531, párr. 15). Con ocasión de ese período de sesiones y conforme se había sugerido en el primer período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase el documento A/CN.9/512, párr. 65), se hizo una presentación oficiosa de los sistemas de inscripción registral de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles en Nueva Zelandia y Noruega. Justo antes de este período de sesiones, los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) celebraron su primer período de sesiones conjunto (Viena, 16 a 17 de diciembre de 2002), durante el cual se examinó la versión revisada del antiguo capítulo X (nuevo capítulo IX; A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5) sobre la insolvencia. En ese período de sesiones, se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de dicho capítulo (véase el documento A/CN.9/535, párr. 8).

10. En su tercer período de sesiones (celebrado en Nueva York del 3 al 7 de marzo de 2003), el Grupo de Trabajo examinó los capítulos VIII, XI y XII del primer anteproyecto de guía legislativa sobre las operaciones de crédito garantizado y los capítulos II y III de la segunda versión del proyecto de guía (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12, A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 y A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3) y pidió a la Secretaría que preparase versiones revisadas (A/CN.9/532, párr. 13). Con ocasión de ese período de sesiones, se realizó una presentación oficiosa de la ley sobre las operaciones de crédito financiero garantizado que acababa de ultimarse en Eslovaquia y que fue respaldada por el Banco Mundial y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo.

11. En las adiciones a este documento introductorio figuran los capítulos III, V, VI, VII, VIII, IX, X y XI del proyecto revisado de guía legislativa: capítulo III (Prácticas en materia de garantías reales): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, capítulo V (Publicidad y registro): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, capítulo VI (Prelación): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, capítulo VII (Derechos y obligaciones con anterioridad al incumplimiento): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4, capítulo VIII (Incumplimiento y ejecución): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5, capítulo IX (Insolvencia): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, capítulo X (Conflicto de leyes): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7, y capítulo XI (Transición): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8.

12. Los capítulos restantes figuran en: capítulos I (Introducción), II (Objetivos clave) (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1) y IV (Constitución de garantías) (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3).

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1

Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su cuarto período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas Informe del Secretario General

ADICIÓN

Índice

	Párrafos
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-62
III. Prácticas básicas en materia de garantías reales	1-62
A. Observaciones generales	1-52
1. introducción	1-2
2. Instrumentos habitualmente designados por el término de garantía	3-28
a. Garantías reales sobre bienes muebles corporales	3-23
b. Garantías reales constituidas sobre bienes muebles inmateriales	24-28
3. Recurso a la titularidad para fines de garantía	29-45
a. Transferencia de la titularidad al acreedor	30-34
b. Retención de la propiedad por el acreedor	35-45
4. Garantía global integrada	46-52
B. Resumen y recomendaciones	53-62

III. Prácticas básicas en materia de garantías reales

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. A lo largo del tiempo se han ido introduciendo prácticas muy diversas en los diversos países para garantizar los créditos de un acreedor (habitualmente para su cobro monetario) frente a su deudor. En el presente capítulo se describen con amplitud los principales mecanismos concebidos para que el acreedor disponga de medios eficaces de garantía, las ventajas e inconvenientes que entraña cada mecanismo para las partes inmediatamente afectadas, o sea, el acreedor y el deudor, y para los terceros, así como las cuestiones de fondo que ha de tener presentes el legislador.

2. A grandes rasgos, cabe distinguir tres grandes categorías de instrumentos que se utilizan para fines de garantía. En primer lugar, los instrumentos concebidos para

este fin y directamente designados por el término de garantía (véase la sección A.2); en segundo lugar, el recurso a la titularidad (propiedad) para fines de garantía, combinado con diversos tipos de arreglos contractuales (véase la sección A.3); y, en tercer lugar, el recurso a una única modalidad de garantía global integrada (véase la sección A.4).

2. Instrumentos habitualmente designados por el término de garantía

a. Garantías reales sobre bienes muebles corporales

3. Tradicionalmente, la mayoría de los países distinguen entre los derechos reales de garantía sobre bienes muebles corporales ("bienes corporales"; véase la sección A.2.a) y los derechos reales de garantía sobre bienes muebles inmateriales ("bienes inmateriales"; véase la sección A.2.b). De hecho, el carácter corporal de un bien se presta a constituir sobre él formas de garantía no aplicables a los bienes inmateriales (véanse los párrafos 8, 25 y 26).

4. En la categoría de las garantías reales sobre bienes corporales, la mayoría de los países hacen una distinción entre una garantía real con desplazamiento (véase la sección A.2.a.i) y una garantía real sin desplazamiento (véase la sección A.2.a.ii).En el primer caso se entrega la posesión de los bienes gravados al acreedor o a un tercero; en el segundo, el otorgante de la garantía, que suele ser el deudor pero puede ser también un tercero, retiene la posesión de dichos bienes.

i. Garantía con desplazamiento

a) Prenda

5. La forma más común (y más antigua) de garantía con desplazamiento o entrega de la posesión, constituida sobre un bien corporal, es la prenda. La prenda requiere para su validez que el otorgante renuncie a la posesión del bien corporal gravado y que lo entregue al acreedor garantizado o a un tercero designado por ambas partes (por ejemplo, un almacén). El verdadero tenedor de la garantía puede ser también un representante o fideicomisario que actúe en nombre del acreedor o de un consorcio de acreedores o al menos por cuenta de tal acreedor o de tal consorcio de acreedores. Esa desposesión del otorgante habrá de efectuarse al constituirse la garantía y deberá prolongarse mientras dure; la devolución del bien gravado al otorgante será normalmente causa de extinción de la prenda.

6. Esa desposesión no implica necesariamente el traslado de los bienes gravados a otro lugar; lo importante es que el otorgante pierda de algún modo el acceso a dichos bienes. Eso se consigue, por ejemplo, entregando al acreedor garantizado la llave del local en que se almacenen los bienes gravados, siempre y cuando el otorgante se vea privado así de todo acceso a dichos bienes sin autorización previa.

7. Esa desposesión del otorgante puede asimismo efectuarse entregando los bienes gravados a un tercero o constituyendo en garantía bienes que ya obren en manos de un tercero. Cabe citar como ejemplo las mercancías o las materias primas ya depositadas en el almacén de un tercero. Como ejemplo de un arreglo institucional (más costoso) cabe citar el de una empresa "depositaria" independiente que custodie en el domicilio comercial del otorgante los bienes pignorados por cuenta del acreedor garantizado. La validez de este arreglo depende de que el otorgante no tenga acceso, sin autorización previa, a los locales en que estén

depositados los bienes pignorados. Además, los empleados de la empresa depositaria no podrán serlo a la vez del otorgante (si por razón de su pericia, se han seleccionado de entre los empleados del propio otorgante, será preciso cortar toda relación laboral que tuvieran con el mismo).

8. Tratándose de bienes de cierta índole, tales como títulos y documentos (sean o no negociables), que prevean algún derecho sobre bienes corporales (por ejemplo, conocimientos de embarque o recibos de almacén) o bienes inmateriales (por ejemplo, títulos negociables, bonos o títulos bursátiles), la desposesión se efectuará transfiriendo esos títulos o documentos al acreedor garantizado. Ahora bien, en supuestos de esta índole puede ser difícil trazar la línea divisoria entre las garantías con o sin desplazamiento.

9. A resultas de la desposesión del otorgante, la prenda con desplazamiento proporciona al acreedor garantizado tres importantes ventajas. En primer lugar, el otorgante no podrá disponer de los bienes pignorados sin el consentimiento del acreedor garantizado. En segundo lugar, el acreedor no corre el riesgo de que el valor de los bienes gravados se vea mermado por negligencia o descuido de mantenimiento por parte del otorgante. En tercer lugar, si la ejecución de la prenda es necesaria, el acreedor garantizado no perderá tiempo ni habrá de efectuar gasto alguno para reclamar la entrega por el otorgante del bien gravado, ni correrá el riesgo de que ese bien no le sea entregado.

10. La prenda con desplazamiento reporta también ventajas a los terceros, en particular a los otros acreedores del otorgante. La desposesión de éste evita el riesgo de dar una falsa impresión de riqueza y minimiza también el riesgo de fraude.

11. Por otra parte, la prenda con desplazamiento tiene también notables inconvenientes para el otorgante. El mayor inconveniente es que la desposesión lo priva de la utilización y disfrute de los bienes gravados. Esa desposesión puede ser gravosa en supuestos en los que la posesión del bien gravado sea indispensable para generar los ingresos con los que el otorgante comercial cuente para reembolsar el préstamo (como sucedería, por ejemplo, con las materias primas, los bienes semiacabados, el equipo y las existencias eventualmente gravados).

12. Para el acreedor garantizado, la prenda con desplazamiento tiene el inconveniente de que lo obliga a almacenar, custodiar y mantener los bienes gravados, salvo que esta tarea sea asignada a un tercero. En todo supuesto en el que el acreedor garantizado no desee o no pueda asumir estas tareas, el encomendarlas a un tercero supondrá gastos adicionales que directa o indirectamente recaerán sobre el otorgante. Otra desventaja eventual es la responsabilidad en la que podría incurrir un acreedor garantizado en posesión de bienes gravados (por ejemplo, un prestamista que sea tenedor de un conocimiento de embarque o de un certificado de depósito de mercancías) que ocasionen daños. Esto sería particularmente grave si esos daños son ambientales (véanse los capítulos IV, párrs. ..., y VII, párrs. ...).

13. Ahora bien, cuando las partes pueden soslayar las desventajas descritas anteriormente (véanse los párrafos 11 y 12), la prenda con desplazamiento puede serles útil. Cabe citar dos grandes tipos de aplicación. En primer lugar, cuando los bienes gravados se encuentran ya o pueden pasar fácilmente a manos de un tercero, como pudiera ser una entidad comercial que custodia bienes ajenos. El segundo supuesto es el de aquellos títulos o documentos que incorporan la titularidad sobre

un bien corporal o inmaterial, que pueden pasar fácilmente a manos del propio acreedor garantizado.

b) Derecho de retención de la posesión

14. En el presente documento no se abordan los derechos legales de retención puesto que, salvo algunas excepciones, esos derechos no entran en el ámbito de la Guía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 8). Un derecho de retención que nazca de un contrato permite que una parte se abstenga de cumplir su propia prestación por incumplimiento de la otra y, concretamente, retenga algún bien que, con arreglo a lo estipulado en el contrato, la parte que ejercita su derecho de retención esté obligada a entregar a la parte que ha incumplido su obligación. Por ejemplo, un banco no necesita devolver documentos de titularidad, como los conocimientos de embarque, ni títulos negociables, como las letras de cambio o los pagarés, en custodia de un cliente ni permitir a éste retirar fondos de su cuenta, si el cliente, que haya concedido al banco un derecho de retención, incumple su obligación de reembolsar un crédito. Cuando tal derecho de retención está respaldado por la facultad de proceder a la venta del bien retenido, en algunos ordenamientos este derecho reforzado está conceptuado como una prenda, aun cuando se haya seguido un método distinto del de la prenda para constituirlo (véanse los párrafos 5 a 8). Cabe igualmente conceptuar ese derecho de retención reforzado como un derecho dotado de ciertos efectos análogos a los de la prenda. La consecuencia más importante de equiparar tal derecho contractual de retención a una prenda es que el acreedor que retenga la posesión gozará de prelación respecto de los bienes retenidos, salvo que éstos se hayan gravado anteriormente con una garantía real eficaz sin desplazamiento.

ii. Garantía sin desplazamiento

15. Como se señaló anteriormente (véase el párrafo 11), la prenda con desplazamiento constituida sobre bienes requeridos para el proceso de fabricación o destinados a la venta (tales como bienes de equipo, materias primas, artículos semiacabados y existencias) es económicamente inviable. Estos bienes o artículos son necesarios para la marcha del negocio de todo otorgante comercial, por lo que si se le priva de acceso a esos bienes o del derecho de disposición de dichos bienes, el otorgante no podrá obtener los ingresos requeridos para reembolsar el préstamo que haya contraído. Este problema puede ser particularmente grave para el creciente número de otorgantes comerciales que carecen de inmuebles susceptibles de ser constituidos en garantía.

16. Para resolver este problema, en la legislación de algunos países se ha ido introduciendo, particularmente durante los últimos 50 años, la posibilidad de constituir garantías sobre bienes muebles fuera del marco restrictivo de la prenda con desplazamiento. Mientras que algunos países han introducido un nuevo derecho real que abarca diversos mecanismos de constitución de garantías, otros países crearon por ley un tipo de derecho real sobre determinados bienes semejante a la prenda sin desplazamiento. No obstante, la mayoría ha seguido la tradición del siglo XIX (que eludía una tendencia anterior de carácter más liberal) y ha insistido en mantener el régimen de la prenda como única modalidad legítima de constituir un bien mueble en garantía. A lo largo del siglo XX, el legislador y los tribunales de

estos países han reconocido la necesidad económica de constituir garantías sobre bienes muebles que no requieran el desplazamiento o entrega de la posesión.

17. Cada país ha intentado solucionar esta dificultad conforme a sus necesidades y peculiaridades locales y al marco general de su ordenamiento jurídico, lo que ha dado lugar a una gran diversidad de soluciones. Un claro reflejo de la diversidad existente es la multitud de denominaciones empleadas, incluso en el interior de un solo país, tales como: desposesión "ficticia"; prenda sin desplazamiento; prenda inscrita en un registro; *nantissement* (prenda de inmuebles); certificado de prenda; *hypothèque*; "privilegio contractual"; certificado de venta; *chattel mortgage* (hipoteca mobiliaria del *common law*); y *trust* (derecho real fiduciario, propio del *common law*). De mayor importancia es el limitado ámbito de aplicación de esas soluciones. Tan sólo algunos países han promulgado leyes generales sobre la garantía real sin desplazamiento (véase un enfoque más global en la sección A.4). Algunos países disponen de dos regímenes legales de prendas sin desplazamiento, uno aplicable a las garantías utilizadas en la financiación industrial o artesanal y otro aplicable a las garantías utilizadas en la financiación de empresas pesqueras y agrícolas. Ahora bien, en la mayoría de los países existe una legislación especializada sobre prendas sin desplazamiento aplicable a pequeños sectores, como la adquisición de automóviles o de maquinaria, o la producción cinematográfica.

18. En algunos países se observa incluso cierta renuencia a permitir la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre las existencias inventariadas de una empresa. Se alega a este respecto cierta incompatibilidad entre la garantía real del acreedor y el derecho del otorgante a vender sus existencias, que son indispensables para convertirlas en el efectivo que le permitirá reembolsar un préstamo garantizado. Otro motivo es que la enajenación de esas existencias puede dar lugar a conflictos muy complejos entre diversos cesionarios o entre diversos acreedores garantizados. Otro motivo posible para no permitir la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre existencias inventariadas consistiría en la decisión legal eventual de reservar esas existencias para satisfacer los créditos de los acreedores del otorgante que no gocen del respaldo de una garantía real (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. ...).

19. Por muy diverso que sea el régimen legal de la garantía real sin desplazamiento, ese régimen acostumbra a exigir cierta forma de publicidad para la garantía así otorgada. La finalidad de esa publicidad es contrarrestar la falsa impresión de riqueza imputable al hecho de que los bienes gravados sigan obrando en manos del otorgante (véase un examen detenido de esta cuestión en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, párrs. ...). Se argumenta a menudo que en una economía moderna en la que predomina el crédito, las partes supondrán que los bienes pueden haberse dado en garantía o que puede haberse retenido la titularidad de esos bienes. No obstante, toda suposición de esa índole tenderá a encarecer el costo del crédito, aun cuando la titularidad corresponda al propietario y los bienes no estén gravados (riesgo que podrá evitarse en parte sólo a costa de una investigación exhaustiva y onerosa). Además, tales suposiciones no bastan para amparar suficientemente los derechos del acreedor garantizado o de terceros, habida cuenta de que se desconoce el nombre del propietario y del acreedor garantizado anterior, la cuantía garantizada o la información sobre los bienes pignorados. Igualmente, un sistema fundado en tales suposiciones generales carece de una base objetiva que permita establecer un régimen que determine el orden de prelación de

las garantías reales sobre los mismos bienes, lo que podría impedir que el otorgante utilizara el valor total de sus bienes para obtener crédito.

20. Parece ser necesario colmar la brecha entre la demanda de garantías reales sin desplazamiento y el acceso a menudo limitado a estas formas de garantía que prevé la legislación en vigor. La finalidad primordial de toda reforma jurídica en materia de operaciones garantizadas es la de sugerir posibles mejoras en el campo de las garantías reales sin desplazamiento y en la cuestión conexa de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales (véase la sección A.2.b).

21. Si bien algunos regímenes modernos han mostrado que las dificultades son superables, la experiencia indica que el régimen moderno de la garantía real sin desplazamiento o entrega de la posesión es más complejo que el de la prenda tradicional con desplazamiento. Ello se debe en buena parte a las siguientes cuatro características básicas de la garantía real sin desplazamiento. En primer lugar, puesto que el otorgante retiene la posesión de la cosa, conserva la facultad de disponer de ella o de crear una garantía real concurrente sobre la cosa o el bien gravado, incluso en contra de la voluntad del acreedor que goza de una garantía real sobre dicha cosa o bien. Ello obliga a introducir ciertas reglas relativas a los efectos de dichos actos de disposición y al orden de prelación de los derechos así creados (véase el tema de la prelación en A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3). En segundo lugar, el acreedor garantizado deberá cerciorarse de que el otorgante en posesión de la cosa gravada la custodia con la diligencia debida y preserva su valor comercial. El acreedor garantizado deberá por ello estipular estas obligaciones del otorgante en el acuerdo de garantía con él concertado (véase un análisis de los derechos y obligaciones de las partes previas al incumplimiento en A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4). En tercer lugar, si debe procederse a la ejecución de la garantía, el acreedor garantizado preferirá a menudo hacerse con la posesión de los bienes gravados. Ahora bien, si el otorgante no está dispuesto a desprenderse de esos bienes, es probable que el acreedor haya de entablar procedimientos judiciales y extrajudiciales, para lo que tal vez convenga prever alguna acción o vía procesal agilizada (véase un análisis de las cuestiones de incumplimiento y ejecución en A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5). En cuarto lugar, tal vez haya que contrarrestar mediante distintas formas de publicidad la falsa impresión de riqueza imputable al hecho de que se hayan constituido garantías reales "secretas" sobre bienes que siguen obrando en poder del otorgante. Ahora bien, en una economía moderna en que predomina el crédito, este problema va perdiendo importancia en la medida en que en general se sabe que el bien está gravado o que la posesión no supone que la persona en posesión del bien sea el propietario (sin embargo, ello entraña gastos; véase el párrafo 19), o en la medida en que las garantías reales queden sujetas a requisitos de publicidad (véase un análisis de las cuestiones de publicidad en A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2).

22. Teniendo presente que en general se reconoce la necesidad económica de que sea posible constituir garantías reales sin desplazamiento y las diferencias básicas mencionadas anteriormente entre las garantías reales con desplazamiento y sin desplazamiento (véase el párrafo 21), muchos países tendrán que promulgar leyes en la materia.

23. Dada la existencia de modelos legales anteriores (véanse los párrafos 16 a 19), el legislador tal vez se encuentre ante tres opciones. La primera consistiría en introducir un régimen legal integrado para las garantías con y sin desplazamiento de la posesión (véase la sección A.4). Es el criterio acertado que prevé la Ley Modelo

Interamericana de Garantías Mobiliarias, aprobada en febrero de 2002. Otra opción sería la de introducir un nuevo régimen legal integrado para la garantía real sin desplazamiento, dejando el régimen de la garantía real con desplazamiento al arbitrio del derecho interno aplicable. La tercera opción sería la de introducir un régimen legal especial que permitiera recurrir a la garantía real sin desplazamiento para la financiación de empresas deudoras en determinadas ramas del comercio o de la industria. La tendencia dominante entre los regímenes más modernos, tanto a nivel interno como internacional, es la de concebir con un criterio integrado el régimen aplicable, al menos en lo relativo a la garantía real sin desplazamiento. La adopción de un criterio selectivo para tipos concretos de garantías reales sin desplazamiento podría ser fuente de lagunas, solapamientos, incoherencias o falta de transparencia en este campo, y podría dar lugar a quejas provenientes de todo sector industrial que se viera excluido. Además, una regulación selectiva dificultaría aún más la solución de los conflictos de prelación que pudieran surgir entre las garantías reales con desplazamiento y sin desplazamiento.

b. Garantías reales constituidas sobre bienes muebles inmateriales

24. Entre los bienes inmateriales figuran una amplia gama de derechos (por ejemplo, el derecho al cobro de una suma o al cumplimiento de alguna otra obligación contractual, tales como la entrega de petróleo en el marco de un contrato de suministro industrial). Cabe citar ciertas categorías relativamente nuevas de bienes inmateriales (por ejemplo, los valores bursátiles no certificados que obren en poder de algún intermediario) y los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, patentes, marcas comerciales y derechos de autor). En vista de la enorme importancia económica adquirida por los bienes inmateriales durante los últimos años, está creciendo la demanda para la utilización de estos bienes como sustrato o soporte económico válido para la constitución de una garantía real. Habida cuenta de que en las operaciones de financiación de la compra de equipo industrial o de existencias comerciales la garantía se constituye a menudo sobre bienes inmateriales, como los créditos por cobrar o los derechos de propiedad intelectual, el principal valor de la garantía reside con frecuencia en esos bienes inmateriales. Éstos pueden consistir, además, en el producto generado por las existencias o los bienes de equipo. En la presente Guía no se tratan los valores bursátiles, puesto que plantean un conjunto de problemas que exigen tratamiento especial y que se analizan en textos que están elaborando el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, en la Guía se examinan las garantías reales constituidas sobre créditos por cobrar, o sea, el derecho a reclamar el pago de dinero y el cumplimiento de obligaciones contractuales no monetarias, así como las garantías reales constituidas sobre otras categorías de bienes inmateriales, como el producto generado por bienes corporales o por créditos por cobrar.

25. Por definición, un bien inmaterial no se presta a ser poseído (físicamente). No obstante, el derecho interno de la mayoría de los llamados países de derecho civil o "romano" ha previsto la constitución de una prenda posesoria (véanse los párrafos 5 a 13) al menos sobre ciertos créditos monetarios. En el derecho interno de estos países se ha procurado crear requisitos similares a una desposesión exigiendo al otorgante que transfiera al acreedor todo escrito o documento vinculado al crédito constituido en prenda (como sería el contrato que haya dado lugar a su nacimiento). Ahora bien, esa transferencia no bastará para constituir la prenda. Lo habitual es que

en muchos países la "desposesión" del otorgante sea (artificialmente) sustituida por el requisito de la entrega de una notificación de la prenda constituida al otorgante del crédito constituido en prenda.

26. En algunos países, se han desarrollado técnicas que surten efectos comparables a los de la entrega en posesión de un bien corporal. La técnica más radical es la de la transferencia plena del derecho gravado (o de la porción gravada de ese derecho) al acreedor garantizado. Ahora bien, esta técnica va más allá del efecto propio de la constitución de una garantía real, al ser equiparable a una transferencia de la propiedad (véase la sección A.3.a). Conforme a una técnica de alcance más restringido, la titularidad del derecho gravado no se verá en sí afectada, pero será inválido todo acto de disposición del otorgante efectuado sin autorización del acreedor garantizado. En el supuesto de una cuenta bancaria, si el otorgante (el acreedor de la cuenta gravada) consiente, en su calidad de titular de la cuenta, en que su cuenta sea bloqueada como salvaguardia de la garantía del acreedor garantizado, éste dispondrá sobre la cuenta de un poder equivalente al que le daría la posesión de un bien mueble corporal. Y ese poder será aún más real si el acreedor garantizado es el propio banco en que figura esa cuenta.

27. En terminología moderna, esas técnicas de obtener la "posesión" de bienes inmateriales se denominan correctamente técnicas de "control". Ese control puede, no obstante, ser de diversos grados. En algunos casos, el control será absoluto e imposibilitará todo acto de disposición del otorgante. En otros casos, el otorgante podrá efectuar ciertos actos de disposición o podrá disponer de sumas que no excedan del tope máximo fijado, siempre y cuando el acreedor garantizado tenga acceso a la cuenta. Ese control puede ser un requisito para la validez (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párrs. 66 y 68) o la prelación (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párr. ...) de la garantía real.

28. Al procurarse crear un régimen global de las garantías reales sin desplazamiento constituidas sobre bienes corporales (véase la sección A.2.a.) se suele integrar en el mismo régimen, especialmente en el que regula los créditos por cobrar, las garantías reales constituidas sobre las categorías más importantes de bienes inmateriales. Ese criterio es lógico, puesto que la venta de existencias inventariadas se traduce por lo general en créditos por cobrar y a menudo conviene que la garantía real que se constituye sobre las existencias abarque también el producto generado por ellas. El sistema de publicidad previsto en los regímenes de garantías reales sobre bienes corporales (véase una descripción detallada al respecto en A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2) puede cumplir también la misma función positiva en el caso de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales, como los créditos por cobrar. A ello puede sumarse la posible ventaja de obviar el envío de una notificación al deudor de los créditos por cobrar, que tal vez no sea posible en ciertas operaciones garantizadas que entrañen una masa de bienes no delimitada. Aun cuando sea factible el envío de tal notificación, se justificará no cursarla por diversos motivos (gastos o confidencialidad).

3. Recurso a la titularidad para fines de garantía

29. Además de las técnicas propias de la garantía real (véase la sección A.2), la práctica comercial y en ocasiones la ley han recurrido en muchos países a una técnica alternativa para la constitución de una garantía real sin desplazamiento sobre bienes tanto corporales como inmateriales, a saber, la titularidad (o propiedad) del

bien como forma de garantía (*propriété sûreté*). La propiedad puede constituirse en una forma de garantía ya sea mediante su transferencia al acreedor (véase la sección A.3.a) o mediante su retención por el acreedor (véase la sección A.3.b). Tanto la transferencia como la retención de la propiedad o titularidad facultan al acreedor para obtener una forma de garantía real no posesoria o sin desplazamiento de la cosa (véase en el párrafo 15 lo relativo a la necesidad económica, y la razón de ser, de la garantía real sin desplazamiento).

a. Transferencia de la titularidad al acreedor

30. Los tribunales y ordenamientos de algunos países disponen la transferencia de la titularidad de los bienes al acreedor garantizado cuando no existe un régimen de las garantías reales sin desplazamiento o para colmar lagunas y salvar ciertos impedimentos.

31. La transferencia como garantía de la titularidad resulta atractiva para los acreedores en algunos ordenamientos internos por dos razones. En primer lugar, los requisitos formales y sustantivos para la transferencia a otra persona de la titularidad de bienes corporales o inmateriales son a menudo menos estrictos y, por lo tanto, menos costosos que los requisitos exigidos para la constitución de una garantía real. En segundo lugar, en un supuesto de ejecución de la garantía o de insolvencia del deudor, el acreedor se encontrará a menudo en mejor situación si es titular de un derecho de propiedad que si es titular de un derecho real de rango secundario, en particular si los bienes del propietario, aunque obren en manos del otorgante de la garantía, no forman parte de la masa de la insolvencia, en tanto que, cuando tales bienes están gravados por una mera garantía real a favor del acreedor sí integran dicha masa. Conforme al derecho interno de otros países, aunque existen diferencias formales entre la propiedad como forma de garantía y las garantías reales, en lo relativo a los requisitos exigidos para su constitución como garantía o para su ejecución, esas diferencias han sido atenuadas hasta tal punto que los mecanismos de constitución de derechos de titularidad están sujetos a los mismos requisitos que los que se exigen para la constitución de garantías reales propiamente dichas. Empero, en otros ordenamientos, las transferencias de garantía se rigen por las mismas normas que se aplican a las transferencias de la titularidad, en tanto que en el caso de ejecución e insolvencia, son equiparadas a los mecanismos de constitución de garantías reales.

32. La transferencia de la propiedad a título de garantía está permitida por ley en algunos países y está reconocida por la práctica jurisprudencial en otros. En algunos ordenamientos jurídicos, su constitución está sujeta a normas menos exigentes, que rigen las transferencias de la titularidad, y tiene el efecto de una transferencia plena de titularidad. En otros ordenamientos, su constitución se rige por normas más engorrosas, que rigen el régimen de las garantías reales, y sólo tiene el efecto de una operación garantizada. En otros ordenamientos, especialmente en los países denominados de derecho civil, la transferencia de la propiedad como forma de garantía está considerada como una forma de eludir el régimen normal de las garantías reales, por lo que se tiene por nula. En los ordenamientos que cuentan con un régimen general y moderno de garantías sin desplazamiento, la transferencia de la propiedad está permitida pero se la equipara a un mecanismo de transferencia de garantías reales (véase la sección 4). Esto significa que su constitución, publicidad, prelación y ejecución están sujetos a los mismos requisitos que se aplican a los

derechos reales de garantía (en caso de insolvencia, los bienes forman parte de la masa de la insolvencia; véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. ...).

33. El legislador se encontrará ante dos opciones. La primera sería la de admitir la transferencia de la propiedad para fines de garantía con los requisitos (habitualmente) menores y con los efectos superiores propios de una transferencia de la propiedad (en caso de insolvencia, los bienes no formarán parte de la masa de la insolvencia; véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. 11), con lo que se soslayarían ciertos inconvenientes del régimen general de las garantías reales. Con esta opción se fortalece la posición de acreedor garantizado (aunque ello entrañe el riesgo de que se aumente su responsabilidad, véase el capítulo IV, párr. ...), al tiempo que se debilita la posición del otorgante de la garantía real y de los demás acreedores de este otorgante. Esta solución puede estar justificada en países que no dispongan de un régimen moderno y sólido de las garantías reales sin desplazamiento.

34. La otra opción sería la de permitir la transferencia de la propiedad para fines de garantía, pero limitando sus requisitos o sus efectos, o ambos a la vez, a los de una mera garantía real. Conforme a la segunda opción, cabe conseguir una reducción graduada de las ventajas reportadas al acreedor garantizado y de las desventajas correlativas de las otras partes, especialmente si los requisitos de la transferencia de la titularidad o sus efectos, o unos y otros, son definidos en función de lo requerido por una garantía real. Se sigue este enfoque en ordenamientos que cuentan con un régimen de garantías global e integrado, en el que se permite la transferencia de la titularidad pero en que sin embargo la transferencia está sujeta a las mismas normas que rigen el régimen de los derechos reales de garantía (véase la sección 4).

b. Retención de la propiedad por el acreedor

35. El segundo mecanismo de utilización de la titularidad del bien como forma de garantía es posible en el marco de lo que se denomina a menudo “financiación del precio de compra” (véase una descripción y un ejemplo en A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 16 a 19), y se concreta por medio de la retención contractual de esa titularidad (reserva de dominio). El vendedor o todo otro prestamista del dinero requerido para comprar un bien corporal o incluso inmaterial puede retener la titularidad del bien hasta obtener el cobro íntegro del precio de compra (acuerdo de mera retención de la titularidad).

36. En algunos países, los acuerdos de mera retención de la titularidad pueden variar en función de diversas cláusulas, que incluyen las cláusulas de “totalidad de las cuantías” o de “cuenta corriente”, en virtud de las cuales el vendedor retiene la titularidad hasta que se hayan pagado todas las deudas contraídas por el deudor y no sólo aquéllas que dimanen del contrato de venta pertinente, y las cláusulas relativas a los frutos y al producto, en virtud de las cuales la titularidad se hace extensiva a los frutos y al producto derivados de los bienes de los cuales el vendedor haya retenido la titularidad.

37. Una variante del acuerdo de mera retención de la titularidad con resultados económicos iguales consiste en combinar un contrato de arriendo con una opción de compra para el arrendatario (por una suma nominal), que éste sólo podrá ejercitar cuando haya pagado la mayor parte del “precio de compra” mediante el pago de

cuotas periódicas de arriendo (véase un ejemplo en A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 20). En supuestos en los que el arriendo de equipo o de algún otro bien cubra toda su vida útil, cabe considerar ese arriendo como un acuerdo de retención de la titularidad aunque no haya opción final de compra. En los párrafos siguientes, el término "vendedor", al menos respecto de los arriendos que funcionan como garantía, también incluirá al "arrendador", y el término "comprador" abarcará al "arrendatario".

38. Económicamente, un arreglo de retención de la titularidad entraña una garantía real que satisface particularmente bien la necesidad de crédito garantizado del vendedor al que se financia el precio de compra, por lo que esos vendedores recurren a menudo a esta técnica. En muchos países, este tipo de crédito, que los proveedores suelen ofrecer a los compradores, está muy difundido, diferenciándose de otros créditos bancarios de carácter general, y la preferencia de que goza obedece a la importante función económica que cumplen las pequeñas y medianas empresas proveedoras. En otros países, un banco financia también el precio de compra con mayor regularidad, por ejemplo, cuando el vendedor vende al banco y el banco vende, a su vez, a un comprador reteniendo la propiedad del bien, o cuando el comprador paga al vendedor en metálico con fondos prestados por un banco al que el comprador traspasa la titularidad como garantía del préstamo. En esos países, esta fuente de crédito y su garantía real anexa reciben particular atención.

39. Gracias a su origen como simple cláusula de un contrato de venta o arriendo, muchos países consideran la retención de la titularidad como una cuasigarantía que no está, por ello, sujeta al régimen general de las garantías reales ni en cuanto a sus requisitos de forma o de publicidad ni en cuanto a sus efectos (principalmente en materia de prelación). Otra de las ventajas de la retención de la titularidad es que puede ser constituida de manera económica habida cuenta de que, en muchos países, no está sujeta a requisitos de publicidad. También se adapta muy bien a la financiación a corto plazo, y en algunos países, otorga al comprador derechos reales. En los países en los que se permite solamente la constitución de garantías sin desplazamiento sobre ciertos tipos de bienes, pero no así en el caso de compra de existencias inventariadas, la retención de la titularidad permite financiar la compra de dichos bienes. Otra ventaja es que al vendedor que retiene la titularidad se le otorga, en muchos países, una posición jurídica privilegiada. Ello puede estar justificado por el deseo de apoyar a las pequeñas y medianas empresas proveedoras y de promover la técnica de la financiación del precio de compra por el proveedor como método distinto de los créditos bancarios de carácter general. Esa posición jurídica privilegiada puede justificarse también por el hecho de que, al desprenderse de la cosa o bien vendido sin recibir el pago, el vendedor acrecienta la masa de bienes del otorgante de la garantía real y requiere cierta protección.

40. A su vez, la retención de la titularidad presenta ciertas desventajas. La posición del comprador y de los acreedores del comprador se debilita, y a falta de requisitos de publicidad, los terceros tienen que basarse en las declaraciones del comprador o recabar información de otras fuentes, lo que lleva tiempo e implica gastos. Otra desventaja técnica de la retención de la titularidad es que impedirá, o cuando menos dificultará, que el comprador utilice el bien comprado para constituir una garantía de menor prelación a favor de otro acreedor. Otra desventaja de esta técnica es que imposibilita o dificulta la ejecución de los derechos de los demás acreedores del deudor sin el consentimiento del vendedor. Por esta razón, en

algunos países a los acuerdos de retención se les aplica, en todos sus aspectos, el régimen de las garantías reales, mientras que, en otros países, sólo se les aplica el régimen de las garantías reales en algunos aspectos (por ejemplo, están sujetos a requisitos de publicidad pero se les otorga una posición especial privilegiada). En otros ordenamientos jurídicos, las cláusulas de retención de titularidad no son oponibles a terceros en general o, en particular, si se refieren a determinados bienes, especialmente las existencias inventariadas, por estimarse que la retención por el vendedor de la titularidad es incompatible con la facultad otorgada al comprador de disponer de los bienes inventariados.

41. Cabe considerar diversas opciones de política legislativa. La primera sería la de preservar el carácter especial del acuerdo de retención de la titularidad como dispositivo jurídico basado en el derecho de propiedad sobre cierto bien. De acuerdo con una de esas opciones, la retención de la titularidad no estaría sujeta a ningún requisito de forma o de publicidad. Con ella se podrían garantizar créditos distintos del precio de compra y podría hacerse extensiva a los frutos y productos del bien sobre el que se constituyó. El vendedor podría, en caso de impago del precio pendiente, exigir al comprador la restitución de los bienes y disponer de ellos como si fuese el propietario, sin tener que rendir cuentas al comprador, salvo por cualquier parte del precio de compra que hubiese sido pagado. Del mismo modo, si el comprador incurre en insolvencia, el administrador de la insolvencia tendría que pagar el precio de compra pendiente para obtener la titularidad. Si el administrador de la insolvencia decide no pagar, el vendedor podría reclamar los bienes como si fuese el propietario o insistir en el pago del precio de compra pendiente (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. ...). Otra opción algo diferente consistiría en preservar el carácter especial del acuerdo de retención de la titularidad pero limitando sus efectos a: garantizar solamente la financiación del precio de compra del bien o bienes considerados con exclusión de todo otro crédito, y restringir dicha garantía al bien comprado con exclusión de sus frutos o del producto.

42. Otra opción consistiría en incorporar el acuerdo de retención de la titularidad al régimen ordinario de las garantías reales. En ese caso, la constitución, publicidad, prelación y ejecución, incluso en el supuesto de insolvencia del comprador (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. ...), del acuerdo de retención de la titularidad se regiría por las mismas normas que se aplican al régimen de garantías reales sin desplazamiento. De acuerdo con dicho enfoque, por las razones de política legislativa arriba mencionadas (véase párr. 38), sería posible otorgar al vendedor determinadas ventajas (por ejemplo, tener prelación a partir del momento en que se perfeccione el contrato de compraventa al que se incorporó el acuerdo de retención de la titularidad o a partir del momento en que se haga entrega de los bienes). Otra opción más sería la de equiparar plenamente esta técnica de retención de la titularidad a la de toda otra garantía real sin desplazamiento (es decir, sin otorgar al vendedor ningún tipo de privilegios).

43. Las dos primeras opciones mencionadas (véase párr. 41) supondrían la preservación, o la creación, de un régimen especial para la retención de la titularidad al margen del régimen global de las garantías reales sin desplazamiento. Los acuerdos de retención de la titularidad se aplicarían mediante la inclusión de cláusulas especiales en los contratos de compraventa y el vendedor gozaría de una posición jurídica privilegiada respecto de los acreedores del comprador en el supuesto de que se inicie una acción que tenga por objeto la ejecución de la garantía

o en el supuesto de insolvencia del deudor. La primera opción, en particular, dota al vendedor (o a otro prestamista que financie el precio de compra) de amplios privilegios, lo que supondría desventajas para los demás acreedores del comprador, especialmente en caso de ejecutarse la garantía real del vendedor o de declararse la insolvencia del comprador. Sin embargo, a falta de todo requisito de publicidad, los acreedores potenciales tendrían que prever, en las cláusulas de los contratos de préstamos, el riesgo que entraña el hecho de que los bienes sobre los que se constituyó la garantía estén sujetos a un acuerdo de retención de la titularidad, lo que podría tener consecuencias negativas sobre la disponibilidad y el costo del crédito.

44. Las dos últimas opciones mencionadas en el párrafo 42 se ajustan más a un régimen global de las garantías reales. A los efectos de una legislación en materia de operaciones garantizadas, la retención de la titularidad se regiría por las mismas normas que rigen los mecanismos de constitución de garantías reales. A los efectos de otro tipo de legislación (a saber, legislación en materia tributaria), la retención de la titularidad podría preservar su carácter de mecanismo de titularidad. En la primera opción, especialmente, se acepta que el vendedor que financia el precio de compra ocupe una posición privilegiada (por ejemplo, teniendo prelación a partir del momento en que se perfeccione la operación de venta pertinente) por desprenderse de los bienes vendidos y porque la venta con financiación debe ser fomentada por razones económicas (a saber, porque fomenta el crecimiento económico y el comercio). Por el contrario, por consideración a los demás acreedores del comprador, el privilegio legal podría limitarse al precio de compra del bien considerado y al bien o bienes cuya venta se financie. Por la misma razón, toda garantía constituida sobre los frutos o el producto de la venta de los bienes comprados o toda cuantía que adeude el comprador que no se derive de un contrato de venta con cláusula de retención de la titularidad no gozarían de ese privilegio y estarían sujetas al régimen común aplicable a las garantías reales (por ejemplo, teniendo prelación a partir del momento en que la operación correspondiente se inscriba en un registro).

45. La conversión de esta técnica de retención de la titularidad a los efectos de la legislación en materia de operaciones garantizadas mejoraría la posición del comprador, dado que le permitiría crear garantías reales (sin desplazamiento) de rango inferior para garantizar un préstamo negociado con otro acreedor. Mejoraría asimismo la posición de los demás acreedores del comprador caso de procederse a la ejecución de la garantía sobre el bien gravado o caso de incurrir el comprador en insolvencia. La posición del proveedor no tendría por qué debilitarse, al menos, mientras las cláusulas relativas a la retención de la titularidad gozaran de una posición jurídica privilegiada respecto de la prelación (con algunas pocas excepciones, en principio, solamente la mera retención de la titularidad goza de un privilegio). La posición del proveedor no cambiaría en el supuesto de que el comprador incurriese en insolvencia, puesto que independientemente de que se equipare o no la retención de la titularidad a una garantía real, el proveedor se encuentra amparado (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. ...). Con todo, el proveedor tendría que inscribirse (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párr. ...) y la cláusula de “totalidad de las cuantías” y la relativa a los frutos y al producto adquirirían prelación sólo a partir de la fecha de inscripción.

4. Garantía global integrada

46. La institución de una única garantía real global sobre todo tipo de bienes muebles se inspira en la observación de que no sólo los diferentes tipos de garantías reales sin desplazamiento sino también la prenda tradicional con desplazamiento o entrega de la posesión se basan en unos pocos principios rectores idénticos. Lo esencial es que el contenido prime sobre la forma. No es pura coincidencia que esta idea haya nacido en Estados de estructura federal, tales como los Estados Unidos de América o el Canadá, lo que explica la aparición del Código de Comercio Uniforme ("UCC"). El UCC, un régimen legal modelo adoptado por los 50 Estados de la Unión, creó una única garantía real global sobre bienes muebles al unificar una multitud de derechos reales con y sin desplazamiento sobre bienes corporales y bienes inmateriales, incluidos los arreglos de transferencia y retención de la titularidad, que existían a tenor de las leyes promulgadas por los diversos estados de la Unión y conforme al *common law* del país. Esta idea se extendió al Canadá, a Nueva Zelandia y a otros países. La Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias sigue un criterio similar en muchos aspectos. La Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas del BERD adopta un enfoque análogo hasta el punto de que establece una "garantía real" específica que puede ser compatible con otros mecanismos de constitución de garantías reales (como por ejemplo, el *leasing* o arriendo con opción a compra) y redefine la retención de la titularidad como una garantía real.

47. Un régimen global e integrado de garantías reales presenta determinadas ventajas. En primer lugar, todas las leyes pertinentes (a menudo numerosas) que tratan sobre las garantías reales sin desplazamiento pueden subsumirse en un solo texto que asegure que sus normas sean coherentes y que su campo de aplicación sea extenso. En segundo lugar, el régimen podrá abarcar las normas relativas a las garantías reales con desplazamiento de la cosa, especialmente la prenda tradicional con desplazamiento y, a la vez, también podrá adaptarse a los requisitos contemporáneos (por ejemplo, mediante la introducción de la noción de control). En tercer lugar, los mecanismos de titularidad tales como la transferencia de garantías reales y la retención de la titularidad podrán ser incorporados al régimen. En cuarto lugar, el régimen también podrá abarcar los acuerdos contractuales que tengan una función de garantía, tales como los contratos de *leasing*, de compraventa y de reventa.

48. Por lo general, es conveniente que exista cierta coherencia entre la transferencia como garantía de la titularidad y la cesión de créditos por cobrar como garantía. Más controvertida puede resultar la integración de la retención de la titularidad en la medida en que esté destinada a favorecer los créditos de los proveedores como variante de los créditos bancarios de carácter general. Sin embargo, esos objetivos de política pueden lograrse incluso en el marco de un régimen global integrado mediante normas especiales que rijan la constitución, la publicidad, la prelación, la ejecución y la situación en supuestos de insolvencia de un acuerdo de retención de titularidad (o cualesquiera de esos aspectos).

49. El rasgo principal de un enfoque amplio es que el fondo prima sobre la forma para que las partes tengan acceso a todas las formas posibles de garantías para obtener préstamos. Si bien este sistema podrá requerir una redefinición de determinadas operaciones (a saber, la transferencia de la titularidad con fines de garantía o la retención de la titularidad), al menos a los efectos de las leyes relativas

a las operaciones garantizadas, ello representa un beneficio para los otorgantes de garantías reales, los acreedores garantizados y los terceros, incluidos los representantes de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante. De lo contrario, las partes podrían eludir los requisitos de publicidad y presentar recursos que le otorgarían ventajas indebidas frente a los demás acreedores.

50. Además, de acuerdo con este sistema, un acreedor que se proponga conceder un préstamo garantizado no se verá obligado a investigar los diversos mecanismos de constitución de garantías reales ni a determinar sus respectivas exigencias y limitaciones, ni tampoco a sopesar sus ventajas e inconvenientes. Análogamente, se aligerará la carga de los acreedores del otorgante de la garantía real o, en su caso, del representante de la masa de insolvencia de éste, que deban tener presentes sus derechos (y obligaciones) frente al acreedor garantizado si, en vez de ocuparse de distintos regímenes, sólo tienen que examinar un único régimen global que prevé una garantía real global. Además, la existencia de tal régimen reducirá el costo de constitución de garantías reales y, por ende, abaratará el crédito garantizado.

51. En supuestos de operaciones transfronterizas se facilitará también el reconocimiento de las garantías reales que nazcan conforme al derecho de un país, si el ordenamiento del país al que se trasladen los bienes gravados prevé un régimen uniforme de garantías reales globales. Tal régimen permitirá regular una variedad muy amplia de garantías reales extranjeras, independientemente de que éstas sean restringidas o de carácter tan global como la del propio régimen.

52. Técnicamente, pueden utilizarse dos métodos legislativos para establecer un régimen de garantías reales globales e integradas. Según una de ellas, se podrán preservar y utilizar las denominaciones de los anteriores mecanismos de constitución de garantías reales, tales como la transferencia de la titularidad. Sin embargo, su constitución y sus efectos como garantías reales se subordinan a un conjunto de normas integradas, en tanto que conservan los efectos de titularidad plena para otros fines (como, por ejemplo, en materia fiscal o contable). De conformidad con otro método ligeramente diferente, las normas aplicables a determinados tipos básicos de contratos que se pueden utilizar para fines de garantía, tales como los contratos de compraventa, de arriendo o de cesión, se complementan con una cláusula general que establece que, si se utiliza un contrato de compraventa o de arriendo para garantizar créditos, se aplicarán determinadas normas suplementarias (como, por ejemplo, normas relativas a la publicidad o a la ejecución). No existe una diferencia sustancial entre las dos técnicas legislativas respecto de los efectos que se atribuyen a las garantías reales.

B. Resumen y recomendaciones

53. Aun cuando sean limitados, se dan ciertos supuestos en que la prenda con desplazamiento cumple una función valiosa de garantía real (véase el párrafo 13).

54. Un derecho contractual de retención de la titularidad, que faculte al acreedor para vender el bien gravado, funciona igual que una prenda con desplazamiento (véase el párrafo 14).

55. Las garantías reales sin desplazamiento son de suma importancia para todo régimen eficiente y moderno de las operaciones garantizadas. El otorgante de la garantía real precisa de la posesión del bien gravado y el acreedor garantizado debe

ser amparado contra todo crédito concurrente en un supuesto de incumplimiento o, más aún, de insolvencia de la empresa otorgante de la garantía (véase el párrafo 15).

56. A la luz de la creciente importancia de los bienes inmateriales como valor constituido en garantía de un crédito, y de la frecuente insuficiencia del régimen legal aplicable a este tipo de bienes, sería conveniente preparar un régimen legal moderno de la garantía real sobre bienes inmateriales. Dicho régimen debería asemejarse lo más posible al régimen de la garantía real sin desplazamiento sobre bienes corporales, habida cuenta de que: a menudo el deudor ofrece la totalidad de su patrimonio como garantía, con inclusión de los bienes tanto inmateriales como corporales; en el marco de operaciones relativas a la constitución de garantías sobre bienes corporales (por ejemplo, la financiación de equipo o de existencias), se pueden constituir garantías reales sobre bienes inmateriales (por ejemplo, sobre los derechos de propiedad intelectual); y el producto de bienes corporales puede consistir en bienes inmateriales. En particular, respecto de los créditos por cobrar, se deberían tener en cuenta, como principios rectores, los principios de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (por ejemplo, respecto de la transferibilidad de los créditos futuros, la validez de las cesiones globales y de las cesiones realizadas a pesar de la existencia de limitaciones contractuales a la cesión, y el amparo del deudor). Respecto de la constitución de garantías reales sobre bienes inmateriales excluidos, tales como los valores bursátiles, cabría hacer una remisión a la labor de otras organizaciones.

57. Respecto de los mecanismos de la titularidad, como la transferencia de garantías y la retención de la titularidad de bienes corporales, así como la cesión de créditos o de otros bienes inmateriales como garantías, existen dos opciones.

58. Conforme a la primera opción, si un país adopta un régimen de garantía global, sujeto a ciertas excepciones, las normas aplicables a las garantías reales se aplicarían también a los mecanismos de transferencia de la titularidad. Las excepciones podrían consistir en una prelación especial a favor del proveedor (o incluso a favor de un banco que financia la compra de un bien) con la retención de la titularidad, posiblemente sujeta, en determinados casos, a que se notifique a los acreedores la inscripción pública (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párr. ...).

59. De acuerdo con la segunda opción, si un país ya cuenta con un régimen jurídico moderno con mecanismos de transferencia de la titularidad pero no para las garantías reales sin desplazamiento y no desea seguir un sistema global integrado, se podrían contemplar dos regímenes separados, uno para las garantías reales sin desplazamiento y otro para los mecanismos de la titularidad. Según ese régimen, la constitución de mecanismos de transferencia de la titularidad se regiría por las normas existentes. No se exigiría cumplir requisitos de publicidad, salvo en aquellos supuestos en los que la legislación existente previera la inscripción de ciertos bienes (como por ejemplo, buques y aeronaves). Sin embargo, a falta de todo requisito de publicidad, los acreedores potenciales tendrían que prever el riesgo de la existencia de un acuerdo de retención de la titularidad en las cláusulas de los contratos de préstamo, lo que podría tener consecuencias negativas para la disponibilidad y el costo del crédito (véase el párrafo 43).

60. En lo que atañe a la ejecución de un acuerdo de retención de la titularidad en el marco de ese régimen, el vendedor podría exigir al comprador la restitución de los bienes y podría disponer de ellos como si fuese el propietario, sin tener que

rendir cuentas al comprador (salvo por el reembolso de cualquier parte del precio de compra que hubiese sido pagada). En caso de insolvencia del comprador, el administrador de la insolvencia tendría que pagar el precio de compra pendiente para obtener la titularidad. Si el administrador de la insolvencia decide no pagar, el vendedor podría reclamar los bienes como si fuese el propietario o insistir, como acreedor general, en el pago del precio de compra pendiente (véase el párrafo 41).

61. Para el supuesto de ejecución de la transferencia de la titularidad como garantía, en el marco de esa opción, dos sistemas son al menos posibles, dado que, incluso en los países que no cuentan con un sistema global integrado de garantías, la transferencia de la titularidad es a menudo equiparada a un mecanismo de titularidad o a un mecanismo de constitución de garantía (véase el párrafo 32). Cuando la transferencia de la garantía como titularidad es equiparada a un mecanismo de titularidad, el cesionario puede hacer ejecutar su crédito como si fuese el propietario y no debe rendir cuentas al cedente acerca de cualquier remanente que existiere luego de la enajenación de los bienes gravados y del pago del crédito del cesionario. En caso de insolvencia, los bienes no forman parte de la masa, pero el administrador de la insolvencia puede ejercer cualquier derecho contractual conexo. Si la transferencia de la titularidad como garantía es equiparada a un mecanismo de constitución de garantía, el acreedor, luego de la venta pública o privada de los bienes transferidos y de la satisfacción del crédito garantizado, tiene que rendir cuenta por el remanente. En caso de insolvencia, los bienes forman parte de la masa y se les aplicará el mismo régimen jurídico que a los bienes gravados con garantías reales (véanse los párrafos 33 y 34). También es posible una combinación de estos dos sistemas (en los que las transferencias de garantías son equiparadas, en lo que respecta a su constitución y a determinados efectos, a las transferencias de titularidad, mientras que respecto de la ejecución y la insolvencia se las equipara a los mecanismos de constitución de garantías).

62. Hay buenos motivos para sustituir un régimen de las garantías reales consistente en una variedad de modalidades particulares de constitución de garantías por un régimen que establezca un derecho de garantía integrado y global (véanse los párrafos 46 a 52).

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2

Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su cuarto período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre operaciones garantizadas Informe del Secretario General

ADICIÓN

Índice

	Párrafos
Proyecto de guía legislativa sobre operaciones	1-103
V. Publicidad	1-103
A. Observaciones generales	1-96
1.	1-6
2. Privación de la posesión	7-16
a. Consideraciones generales	7
b. Posesión de los bienes gravados por un tercero	8-10
c. Privación de la posesión “ficticia”	11
d. Prelación	12-16
3. Adquisición del control sobre obligaciones inmateriales	17-23
a. Créditos comerciales	17-19
b. Cuentas de depósito	20-23
4. Modos de publicidad basados en la titularidad	24-31
a. Sistemas de registro de la propiedad	24-27
b. Sistemas de certificados del título	28-29
c. La garantía real sobre bienes muebles movilizados o inmovilizados	30-31
5. Inscripción del acuerdo de garantía en un registro de operaciones garantizadas	32
6. Inscripción de una notificación de garantía en un registro de operaciones garantizadas	33-83
a. Consideraciones generales	33-37
b. Indización por referencia a los bienes o al nombre del otorgante	38-42
c. Contenido de la notificación inscrita en el registro	43-53
d. Acceso a información más detallada	54-55
e. Duración de la inscripción registral	56-58

f. Cuestiones administrativas 59-67
g. Prelación 68-73
h. La inscripción registral y la ejecución 74-75
i. Extensión de la inscripción a las operaciones no garantizadas. . . . 76-83
7. Otros modos de publicidad 84-85
8. Eficacia de la garantía real sin publicidad 86-96
a. Frente al otorgante 86-87
b. Frente a terceros 88-96

B. Resumen y recomendaciones 97-103

V. Publicidad

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Un acreedor garantizado necesita tener la seguridad de que su garantía real sobre el bien gravado tienen precedencia sobre los derechos de terceros. Los terceros, por su parte, también necesitan protección contra el riesgo de que sus derechos queden subordinados a garantías reales "secretas" (en el sentido de que su existencia o inexistencia no se puede determinar fácilmente de manera objetiva). La obligación de dar publicidad a la garantía real antes de que tenga efectos sobre terceros es una forma de conciliar estos objetivos.

2. El presente capítulo centra la atención en los cuatro modos de publicidad más aceptados. El primero consiste en privar al otorgante de la posesión de los bienes gravados. El segundo es una extensión de la idea de la privación de la posesión, y consiste en dar al acreedor garantizado el control sobre el valor de las obligaciones inmateriales adeudadas al otorgante por un tercero. El tercer modo sólo es aplicable en relación con bienes muebles de alto valor para los que un Estado ha establecido un registro de la propiedad especializado o un sistema de certificados de título.

3. El cuarto modo de publicidad, que es el más amplio, consiste en inscribir en un registro de operaciones garantizadas una simple notificación de una garantía real con un número limitado de datos. A diferencia del registro de la propiedad, un registro de operaciones garantizadas no tiene por objeto dar publicidad al estado actual del título sobre determinados bienes. La calidad del título del otorgante está determinada por hechos y operaciones no inscritos. La inscripción, en cambio, es una condición previa para la eficacia de una garantía real frente a terceros. Por lo tanto, los terceros se basan en la falta de publicidad para determinar si están potencialmente obligados por una garantía real anterior.

4. Aunque opera en función de una teoría de publicidad negativa, un registro de operaciones garantizadas también contribuye a una ordenación explícita de la prelación. Lo que es más evidente es que es que la inscripción establece una fecha

objetiva probada y fácilmente verificable, para establecer el orden de prelación entre los acreedores garantizados y entre un acreedor garantizado y otros terceros.

5. Todo el tema de la publicidad está inextricablemente unido al de la prelación. Aunque la prelación es el tema de un capítulo separado de la presente Guía (véase A/CN.9/ WG.VI/WP.9/Add.3), la relación entre la publicidad y la prelación es un tema que aparece constantemente en este capítulo, por lo que los dos capítulos deben leerse conjuntamente.

6. Al igual que un registro de la propiedad o un sistema de certificados de título, el establecimiento de un registro de operaciones garantizadas requiere una inversión gubernamental en la infraestructura necesaria, ya sea directamente o mediante contratación con un asociado del sector privado. Si no existe un sistema de ese tipo, la eficacia de una garantía real sin desplazamiento frente a un tercero suele estar atenuada por normas jurídicas o decisiones judiciales establecidas para proteger a terceros inocentes que adquieren un derecho sobre los bienes gravados sin conocer la existencia de un derecho anterior. El capítulo concluye con una comparación entre un sistema de publicidad amplio basado en registros y esta variante, y con la presentación de recomendaciones sobre medidas legislativas.

2. Privación de la posesión

a. Consideraciones generales

7. La retirada de los bienes gravados de la posesión del otorgante no constituye una publicidad explícita de la existencia de una garantía real. No obstante, elimina la propiedad aparente del otorgante y de esta forma reduce también el riesgo de una enajenación no autorizada en beneficio de un tercero desprevenido. Dado que la privación de la posesión indica que el otorgante no tiene ya un título no gravado, tradicionalmente se ha aceptado como suficiente para constituir una garantía real y para hacer que surta efectos frente a terceros (véase A/CN.9/WG.VI/ WP.6/Add.3, párr. 67).

b. Posesión de los bienes gravados por un tercero

8. La privación de la posesión no implica necesariamente la posesión directa por parte del acreedor garantizado. Basta con la posesión por un tercero en nombre del acreedor garantizado.

9. Si los bienes gravados están cubiertos por un documento de título (por ejemplo, un conocimiento de embarque o un recibo de almacén), la emisión del documento en nombre del acreedor garantizado asegura que el tercero (por ejemplo, un transportista o un almacenista) tiene la posesión en nombre del acreedor garantizado, y no del otorgante. Si el documento es un título negociable, el transportista o el almacenista está normalmente obligado a entregar los bienes de que se trate a la persona que tenga en ese momento la posesión del documento. De esto se desprende que la entrega de un documento de título negociable, adecuadamente endosado, es otro medio de retirar los bienes de que se trate de la posesión del otorgante.

10. La posesión por un tercero no siempre requiere la retirada de los bienes gravados de los locales del otorgante. En las disposiciones sobre almacenamiento, una compañía depositaria que actúa en nombre del acreedor garantizado asume el

control de las existencias del otorgante y otros bienes gravados poniendo a uno de sus agentes a cargo de esas existencias en el negocio del otorgante. Los terceros están protegidos por el hecho de que para disponer de los bienes gravados el otorgante necesita el consentimiento y la cooperación del agente (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párr. 7).

c. Privación de la posesión "ficticia"

11. Un compromiso por escrito del otorgante de retener los bienes gravados en calidad de agente del acreedor garantizado no impide que los terceros puedan interpretar erróneamente que el bien de propiedad del otorgante no está gravado. Tampoco lo hace el requisito de que el otorgante entregue periódicamente al acreedor garantizado listas de créditos comerciales gravados. Las técnicas de privación de la posesión "ficticia" como la descrita representan una respuesta pragmática a la demanda de garantías sin desplazamiento en regímenes en que la prenda es el único medio de garantía oficial disponible. El reconocimiento de la eficacia general de la garantía real sin desplazamiento como se contempla en la presente Guía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, paras. 15-23) elimina toda presión para aceptar las prendas "ficticias".

d. Prelación

12. Aun en los ordenamientos jurídicos que tienen registros de operaciones garantizadas, la privación de la posesión del otorgante puede a veces constituir un modo de publicidad superior. Por ejemplo, en la mayoría de los países, si los bienes gravados están cubiertos por un documento de título negociable, un acreedor garantizado (o comprador) que tenga en su poder el documento normalmente adquiere prelación sobre un acreedor garantizado que efectúa la publicidad mediante la inscripción de una notificación sobre su garantía real (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párr. 13). Esta norma no afecta a la aceptación generalizada de documentos de título negociables como principal medio de cesión de derechos reales sobre los bienes de que se trate durante el período en que están cubiertos por el documento.

13. En otras situaciones, la privación de la posesión puede no ser el modo de publicidad más ventajoso. Si los bienes gravados están inscritos en un registro de la propiedad especializado (véase la parte A.5), la necesidad de preservar la integridad y fiabilidad del registro público puede exigir que se dé precedencia a los acreedores garantizados (y compradores) que dan publicidad a sus derechos mediante la inscripción.

14. Si en cambio se da publicidad a una garantía real concurrente mediante la inscripción en un registro general de operaciones garantizadas (véase la parte A.5), hay dos soluciones posibles: se puede determinar provisionalmente la prelación según el orden en que se producen la privación de la posesión y la inscripción, o se puede dar preferencia a la garantía real inscrita, independientemente de si la privación de la posesión se produjo antes o después de la inscripción.

15. El primer enfoque reduce el costo y el riesgo de los prestamistas y otros acreedores que de ordinario se basan en la garantía real posesoria o con desplazamiento. Por otro lado, el segundo enfoque evita toda tentación de parte de los acreedores garantizados que tienen la posesión de antedatar en forma fraudulenta

el momento en que ocurrió la privación de la posesión. También aumenta el valor del orden de prelación en el registro de las operaciones garantizadas eliminando el riesgo de las pruebas no inscritas sobre el momento preciso de la privación de la posesión.

16. Si se adopta el primer enfoque, se plantea la cuestión de si la prelación se establece desde el momento de la privación de la posesión, aun cuando el acreedor garantizado efectúa inicialmente la publicidad mediante la privación de la posesión y más tarde inscribe los bienes y los devuelve al otorgante. En ese caso, un acreedor garantizado inscrito en segundo lugar terminaría teniendo la prelación de primer orden. Por otro lado, el acreedor garantizado inscrito en primer lugar podría haberse protegido mediante la verificación de que el otorgante tenía la posesión de los bienes gravados en el momento en que obtuvo su garantía real.

3. Adquisición del control sobre obligaciones inmateriales

a. Créditos comerciales

17. En los ordenamientos jurídicos que aceptan el carácter negociable de los certificados de valores bursátiles (para acciones o bonos), la entrega del certificado con los endosos necesarios transfiere el beneficio de las obligaciones de quien expide el valor al acreedor garantizado. De esta forma, es el equivalente funcional de la privación de la posesión por mediación de un tercero. El mismo resultado se puede lograr para los certificados de valores en poder de un órgano de compensación anotando el nombre del acreedor garantizado en los libros de ese órgano, y respecto de los valores no certificados, anotando el nombre del acreedor garantizado en los libros de quién expide el valor. En el caso de los bienes de inversión cuya propiedad se posee en forma indirecta, el control de las obligaciones del agente u otro intermediario se puede ceder o bien poniendo la cuenta de inversión a nombre del acreedor garantizado, o bien obteniendo el acuerdo del intermediario para aceptar las órdenes del acreedor garantizado.

18. La presente Guía no trata las cuestiones relativas a la garantía real en bienes de inversión. No obstante, la idea del control como un modo de publicidad equivalente a la privación de la posesión se puede aplicar a otros tipos de obligaciones inmateriales debidas por un tercero al otorgante. Por ejemplo, el otorgamiento de una garantía sobre una cuenta comercial a cobrar ordinaria u otro crédito monetario da al acreedor garantizado, en caso de incumplimiento del deudor, el derecho a exigir el pago a la persona que adeuda la obligación con sujeción a los términos del acuerdo de garantía. Una demanda de pago, por lo tanto, transfiere el control práctico sobre el crédito monetario al acreedor garantizado. Por esta razón, podría considerarse un modo de publicidad suficiente, equivalente a la cesión del control sobre el bien de inversión.

19. Ahora bien, un acreedor garantizado por lo general no exigirá el pago directo hasta que haya un incumplimiento de parte del otorgante. Aun cuando el crédito monetario se venda directamente, con frecuencia será necesario dejar la cobranza en manos del cedente. En vista de estas cuestiones prácticas, quizá fuera preferible considerar una demanda de pago sencillamente como una técnica de cobranza o ejecución y no como un modo de publicidad inicial. Esto es particularmente apropiado cuando la opción de inscribir una notificación en un registro de operaciones garantizadas está disponible tanto para los acreedores garantizados

como para los cesionarios. La publicidad mediante la inscripción ofrece un medio más eficiente de evaluar el riesgo en materia de prelación en el momento de la operación, particularmente cuando la garantía abarca los créditos por cobrar que ya tiene el otorgante y los que adquiera posteriormente.

b. Cuentas de depósito

20. Por analogía con el modo de publicidad utilizado para los bienes de inversión con posesión indirecta, el control sobre una cuenta de depósito en poder del otorgante en una institución financiera o compañía de seguros se puede lograr poniendo el nombre del acreedor garantizado en la cuenta u obteniendo el acuerdo de la institución depositaria para aceptar las órdenes del acreedor garantizado.

21. La propia institución depositaria puede tener créditos contra el otorgante. En lugar de utilizar la práctica artificial de requerir una cesión efectiva del control, quizá fuera más sencillo considerar que una institución depositaria que recibe una garantía en las cuentas de depósito del cliente tiene el control automático en virtud de su condición.

22. Una cuestión todavía sin resolver es si un acreedor garantizado que da publicidad al otorgamiento de una garantía en una cuenta de depósito asumiendo el control debe tener prelación sobre otro acreedor que efectúa la publicidad mediante inscripción en un registro. La analogía con los bienes de inversión parecería indicar una respuesta positiva. La analogía con la cesión de créditos monetarios parecería indicar lo contrario.

23. Si se adopta el primer enfoque, se plantea también la cuestión de si una institución depositaria que obtiene una garantía en la cuenta de su cliente debe tener prelación sobre otras garantías reales a las que se dio publicidad mediante el control. Por lo general, los derechos de compensación de la institución son suficientes para proteger su crédito antes de la iniciación de la ejecución por un acreedor garantizado concurrente, independientemente de la posición prioritaria que tenga la institución en su calidad de acreedor garantizado.

4. Modos de publicidad basados en la titularidad

a. Sistemas de registro de la propiedad

24. La privación de la posesión y las técnicas de control equivalentes sólo son aplicables si el otorgante está dispuesto a prescindir del uso y disfrute actual de los bienes gravados. No se pueden utilizar para dar publicidad a garantías reales sobre bienes que el otorgante necesite seguir controlando a fin de prestar sus servicios o fabricar sus productos, o para otros fines rentables.

25. Respecto de categorías limitadas de bienes muebles de alto valor, un Estado puede haber establecido un registro de la propiedad especializado similar al registro catastral. Un registro de la propiedad ofrece un medio conveniente de dar publicidad a una garantía real sin desplazamiento sobre esos bienes de alto valor. Los barcos, las aeronaves, las autocaravanas y los derechos de propiedad intelectual (especialmente las patentes y marcas comerciales) son los ejemplos más comunes de bienes para los que existen registros de propiedad.

26. Una garantía real (o venta) a la que se da publicidad mediante inscripción en un registro de la propiedad por lo general tiene prelación sobre una garantía real a la

que se da publicidad mediante la privación de la posesión o la inscripción de una notificación de garantía en un registro general de operaciones garantizadas. Esta norma asegura que los compradores de los bienes gravados puedan tener plena confianza en las inscripciones en el registro de la propiedad para evaluar la calidad del título que obtienen.

27. Esta preocupación también se puede resolver proporcionando un punto de acceso común a los datos del registro de la propiedad y del registro de operaciones garantizadas, a fin de permitir la inscripción y la consulta en ambos sistemas simultáneamente. Los avances en la tecnología de las computadoras han hecho que esta solución sea técnicamente viable. Ahora bien, hay problemas de diseño y aplicación. Los sistemas de registros de la propiedad se basan por lo general en la indización de los bienes, mientras que las operaciones garantizadas suelen organizarse por referencia a la identidad del otorgante. De esta forma, para que la búsqueda simultánea sea posible habrá que exigir que ambos sistemas utilicen las mismas normas de identificación del otorgante, y el registro de la propiedad deberá estar programado para que permita una búsqueda basada en el otorgante.

b. Sistemas de certificación del título

28. Los sistemas de certificación del título son una vía alternativa que utilizan algunos Estados para dar publicidad a la adquisición y cesión del título sobre bienes muebles (por ejemplo, vehículos automotores). Se da publicidad a la garantía real mediante inscripción en el certificado.

29. Una garantía real a la que se da publicidad mediante una anotación en el certificado del título por lo general tiene prelación sobre las garantías a las que se da publicidad por cualquier otro método. Esta norma es necesaria para que los compradores puedan basarse en el certificado del título para evaluar la calidad del título del vendedor.

c. La garantía real sobre bienes muebles movilizados o inmovilizados

30. La flexibilidad en la financiación es mayor si el régimen de garantía para los bienes muebles está a disposición del acreedor garantizado que tiene una garantía sobre bienes muebles inmovilizados (por ejemplo, un horno que estará adherido a la tierra) o sobre bienes inmuebles movilizados (por ejemplo, los cultivos antes de la cosecha). Esto permite a un otorgante obtener financiación sin tener que aceptar una hipoteca total sobre un bien inmueble, que sería mucho más cara.

31. En virtud de este enfoque, las normas generales sobre publicidad de bienes muebles se pueden aplicar con una matización. Sería conveniente exigir la inscripción simultánea de una notificación de garantía en el registro de la propiedad de bienes inmuebles para obligar a terceros que más tarde adquieran un derecho inscrito sobre la tierra a la que están adheridos o fijados los bienes muebles, y aplicar a esas relaciones las normas de prelación aplicables a los bienes inmuebles. Estas normas preservarían la integridad y fiabilidad del registro de la propiedad de la tierra.

5. Inscripción del acuerdo de garantía en un registro de operaciones garantizadas

32. Otro modo de publicidad consiste en la inscripción del acuerdo de garantía en un registro de operaciones garantizadas. Como ocurre en el caso de la inscripción en

registros de la propiedad, los documentos se presentan y son comprobados por el secretario del registro, quien luego expide un certificado de inscripción en el registro que constituye prueba concluyente de la existencia del derecho inscrito. Este certificado de prueba concluyente suele reconocerse como la principal ventaja de la inscripción del documento. Ahora bien, el establecimiento de la prelación para el titular inscrito, protegiendo al mismo tiempo los intereses de terceros, se puede lograr en una forma más eficaz en función del tiempo y el costo que tiene mejor en cuenta las necesidades de las operaciones modernas y no da lugar a la revelación de datos delicados relativos a una operación (véase A.5).

6. Inscripción de una notificación de garantía en un registro de operaciones garantizadas

a. Consideraciones generales

33. Un quinto modo de publicidad consiste en inscribir una notificación de garantía real en un registro público establecido a tal fin. A diferencia de los tres modos de publicidad ya examinados, la inscripción de la notificación ofrece un medio universal de efectuar la publicidad, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes gravados. Por lo tanto, contribuye a una ordenación eficiente de la prelación, ya que permite dirimir la concurrencia entre acreedores garantizados y entre un acreedor garantizado y otros terceros por referencia al momento de la inscripción.

34. Un registro de operaciones garantizadas basado en la notificación es muy diferente de un registro de la propiedad o un registro de operaciones garantizadas basado en la inscripción de un documento. Un registro de la propiedad o un registro de documentos funcionan como fuente concluyente de información explícita sobre el estado actual de la titularidad sobre bienes determinados. Para proteger la integridad de la inscripción del título, el que efectúa la inscripción por lo general debe entregar los documentos de cesión del título o presentarlos para que los examine el secretario.

35. Por otro lado, un registro de inscripción de notificaciones de operaciones garantizadas funciona en base a la teoría de la publicidad negativa. La inscripción en el registro no proporciona una prueba concluyente de la existencia de la garantía real, sino que advierte a terceros sobre la posible existencia de una garantía real, lo cual les permite adoptar otras medidas para proteger sus derechos (véase el párrafo 54) y constituye una condición previa de la eficacia de una garantía real frente a terceros. En efecto, es la ausencia de una inscripción en un registro lo que permite a los terceros llegar a la conclusión de que no tienen que preocuparse por la existencia de una garantía real anterior otorgada por la persona con la que están negociando. De esto se desprende que no hay necesidad de exigir que los acreedores garantizados inscriban el acuerdo de garantía o prueben de alguna otra manera su existencia. Los terceros están suficientemente protegidos por la inscripción de una simple notificación en que se identifique a las partes y se describan los bienes gravados. Desde la perspectiva del otorgante, la protección contra inscripciones no autorizadas se puede lograr aplicando normas sobre inscripción que exijan que se comunique el nombre del otorgante en todas las inscripciones y estableciendo un procedimiento administrativo sumario para facilitar la eliminación de inscripciones no autorizadas.

36. La inscripción de la notificación simplifica mucho el proceso de inscripción en un registro y reduce al mínimo la carga administrativa y de archivo de un sistema de registro. También aumenta la flexibilidad durante la financiación. En la medida en que las circunstancias particulares establecidas en la notificación registrada no se vean afectadas, no hay razón para no aceptar una notificación única como suficiente para dar publicidad a acuerdos de garantía sucesivos entre las partes.

37. El concepto de un registro de operaciones garantizadas basado en la notificación cuenta con considerable apoyo internacional. Han elaborado sistemas modelo el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (Principios generales de una ley moderna sobre operaciones garantizadas, 1997; Ley modelo sobre operaciones garantizadas, 1994), la Organización de los Estados Americanos (Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, 2002) y el Banco Asiático de Desarrollo (Reforma legislativa y de políticas en el Banco Asiático de Desarrollo: una guía de registros de bienes muebles, diciembre de 2002). El Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, de 2001, y el protocolo conexo sobre las aeronaves proporcionan un régimen internacional de prelación basado en un sistema de registro para los intereses en aeronaves provenientes de acuerdos de garantía, arrendamientos y acuerdos de compraventa con retención del título. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional también establece la inscripción de la notificación como uno de los sistemas de prelación optativos enunciados en su anexo.

b. Indización por referencia a los bienes o al nombre del otorgante

38. Una notificación de garantía se debe indizar según los criterios establecidos para facilitar las consultas de manera eficiente. Las notificaciones que figuran en un registro de operaciones garantizadas por lo general están indizadas por referencia a la identidad del otorgante. La indización basada en los bienes es posible sólo para los que tienen un número de serie u otro identificador único establecido objetivamente. Aun en esos casos, el valor de los artículos individuales dentro de una categoría genérica (por ejemplo, todos los bienes muebles corporales) puede ser demasiado modesto como para justificar el costo de consultar las anotaciones artículo por artículo. Además, la indización basada en los bienes no incluye la inscripción de una notificación de garantía sobre los bienes adquiridos posteriormente, o los fondos rotatorios de activos, por ejemplo, las existencias y los créditos por cobrar.

39. La indización basada en el otorgante agiliza mucho el proceso de inscripción. El acreedor garantizado puede dar publicidad a una garantía real sobre todos los bienes muebles que posea el otorgante y los que adquiera posteriormente, o sobre categorías genéricas, mediante una inscripción única una sola vez. No necesita preocuparse por actualizar la inscripción cada vez que el otorgante adquiere un nuevo artículo dentro de la categoría genérica establecida en la notificación.

40. La indización basada en el otorgante tiene un inconveniente. Si los bienes gravados son objeto de cesiones sucesivas no autorizadas, los posibles acreedores garantizados y compradores no podrán protegerse realizando una consulta por el nombre del aparente propietario inmediato. Al estar el sistema indizado por el nombre del otorgante, la consulta no revelará una garantía real otorgada por un predecesor en el título.

41. Una solución parcial de este problema sería exigir la indización basada en los bienes para determinados bienes de alto valor que tengan identificadores numéricos fiables, por ejemplo, vehículos, buques, autocaravanas, remolques, aeronaves y otros. Aunque la identificación de bienes determinados limita la posibilidad de utilizar una notificación única para dar publicidad a una garantía en bienes adquiridos con posterioridad, en la práctica sólo es necesaria para los bienes de capital utilizados en el comercio del otorgante (y los bienes de consumo utilizados para fines personales en la medida en que estén incluidos en la inscripción). En los casos en que los bienes están en posesión del otorgante como parte de las existencias, un comprador, siguiendo las prácticas comerciales ordinarias, los aceptará en todos los casos libres de garantías reales.

42. Un enfoque complementario sería exigir que los acreedores garantizados que toman conocimiento de una cesión hecha por el otorgante añadan al cesionario como un otorgante adicional en la notificación inscrita, a fin de evitar la subordinación a créditos de terceros. Otra posibilidad sería extender la protección a todos los compradores, o aun a todos los terceros que intervengan, también en los casos en que el acreedor garantizado no tenga conocimiento de la enajenación no autorizada por el deudor (véase también A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párr. 40).

c. Contenido de la notificación inscrita en el registro

i. Identificación del otorgante

43. Dado que la identidad del otorgante es el medio que se utiliza comúnmente para consultar notificaciones de garantías, los titulares inscritos y los que consultan la información necesitan orientación sobre el modo de identificación correcto. El criterio más común es el nombre y la dirección del otorgante.

44. Para las empresas otorgantes y otras personas jurídicas, el nombre correcto por lo general se puede verificar consultando el archivo público de entidades comerciales y de empresas que llevan la mayoría de los Estados. Si en ese registro y en el registro de operaciones garantizadas la información se archiva en forma electrónica, puede que sea posible proporcionar un portal común para ambos registros a fin de simplificar el proceso de verificación.

45. Para los otorgantes individuales, la verificación del nombre correcto es un poco más difícil. Puede haber incoherencias entre el nombre popular y el nombre oficial del otorgante, o entre los nombres que aparecen en diferentes documentos de identidad. Se pueden haber producido cambios de nombre después de la inscripción del nacimiento como consecuencia de una iniciativa propia o de un cambio en el estado civil. El suministro de orientación legislativa explícita para resolver estos diversos casos asegura que los titulares inscritos y los que consultan la información utilicen los mismos criterios. Por ejemplo, los reglamentos o las normas administrativas podrían especificar un orden jerárquico de fuentes oficiales, comenzando con el nombre que aparece en el certificado de nacimiento del otorgante y haciendo luego referencia a otras fuentes (por ejemplo, un pasaporte o una licencia de conducir) cuando no se dispone de una partida de nacimiento oficial, o ésta no es accesible.

46. Si más de un otorgante comparten el mismo nombre, la dirección con frecuencia resuelve la cuestión de la identidad para los que buscan información. En los Estados en que muchos individuos comparten el mismo nombre, podría ser útil

requerir información suplementaria, como la fecha de nacimiento del otorgante. Si un Estado ha adoptado un identificador numérico para sus ciudadanos, éste también se puede utilizar, con sujeción al respeto de los datos personales y a que se prescriba otro tipo de identificador para los otorgantes que no son nacionales del país.

47. Los efectos de un error en el nombre del otorgante sobre la validez jurídica de una notificación dependen de la lógica organizativa del sistema de registro de que se trate. Por ejemplo, algunos registros electrónicos están programados para revelar sólo las correspondencias exactas entre el nombre indicado en la búsqueda y los nombres que aparecen en la base de datos. En los sistemas de ese tipo, cualquier error anula la inscripción porque la notificación sería irrecuperable para los que utilizaran el nombre correcto del otorgante. Otros sistemas permiten extraer también correspondencias cercanas, en cuyo caso los datos registrados aparecerán cuando se utilice el identificador correcto a pesar del error en la entrada de los datos. La determinación de si el error invalida no obstante la inscripción dependerá de las circunstancias de cada caso. Una solución flexible y útil sería tratar el error como decisivo sólo si la información revelada en la notificación pudiera desorientar a una persona razonable.

ii. Identificación del acreedor garantizado

48. La inclusión del nombre y la dirección del acreedor garantizado, o de su representante, en la notificación inscrita permite a terceros ponerse en contacto, si es necesario, con el acreedor garantizado, y asegura que una persona que más tarde reclama un beneficio prioritario basado en la notificación sea la persona que tiene derecho a hacerlo. Las normas utilizadas para determinar el nombre correcto del otorgante también se pueden aplicar a los acreedores garantizados. Ahora bien, el nombre del acreedor garantizado no es un criterio de indización. Por consiguiente, los errores de inscripción no plantean el mismo riesgo de que un tercero sufra un engaño hasta tal punto que anule la notificación.

iii. Descripción de los bienes gravados

49. No hay una necesidad absoluta de exigir que la notificación de una garantía real incluya una descripción de los bienes gravados. Ahora bien, la falta de una descripción menoscabaría la capacidad del otorgante para vender bienes que no estén gravados, u otorgar garantías sobre ellos. Los posibles compradores y los acreedores garantizados necesitarían alguna forma de protección (por ejemplo, una liberación del acreedor garantizado) antes de concertar operaciones relativas a cualquiera de los bienes del otorgante. La falta de una descripción también reduciría el valor de la notificación para los administradores de insolvencias y los acreedores garantizados por vía judicial.

50. Por esta razón, normalmente se requiere una descripción de los bienes gravados. En un sistema indizado por el nombre del otorgante, no hay necesidad de exigir una descripción específica artículo por artículo. Las necesidades de los consultan la información quedan suficientemente satisfechas con una descripción genérica (por ejemplo, todos los bienes corporales, todos los créditos por cobrar) o aun por una descripción sumamente genérica (por ejemplo, todos los bienes muebles que posea y los que adquiera posteriormente). Por cierto, se necesita una descripción genérica para garantizar una publicidad eficiente de una garantía real otorgada sobre bienes adquiridos con posterioridad, y para los fondos rotatorios o

bienes de carácter universal (por ejemplo, “todos los créditos” o “todas las existencias”).

51. Una cuestión más difícil es determinar si la notificación debe indicar sólo la naturaleza genérica de los bienes gravados (por ejemplo, bienes muebles corporales) aun si la garantía real está de hecho limitada a un artículo específico (por ejemplo, un solo automóvil), o si la descripción debió haberse conformado a todos los bienes comprendidos en la documentación de garantía básica.

52. El primer enfoque simplifica el proceso de inscripción registral y reduce el riesgo de un error de descripción. También permite a las partes enmendar su acuerdo de garantía para añadir nuevos bienes en la misma categoría genérica sin necesidad de una nueva inscripción. Por otro lado, este enfoque puede complicar el acceso del otorgante a financiación respecto de la parte no gravada de los bienes descritos. Dado que la prelación se cuenta a partir del momento de la inscripción, los compradores y acreedores garantizados subsiguientes exigirán una renuncia explícita o una desgravación que los proteja contra el riesgo de que el otorgante amplíe más tarde el ámbito real de los bienes abarcados en el acuerdo de garantía inicial.

iv. Valor máximo de la obligación garantizada

53. Otra cuestión que hay que determinar es si la notificación debe revelar el valor monetario de la obligación garantizada. No es conveniente exigir que se establezca el valor real o previsto ya que esto perjudicaría la flexibilidad de la línea de crédito y la financiación a plazos. Ahora bien, los acreedores garantizados podrían exigir que se especificara la cuantía máxima cubierta por la garantía real. Este enfoque facilitaría la capacidad del otorgante de utilizar el valor residual de los bienes sujetos a una garantía real amplia para garantizar otras operaciones de financiación con otros acreedores garantizados. Por otro lado, el primer acreedor garantizado que obtiene una garantía real general sobre los bienes del otorgante es normalmente la fuente más barata y más accesible de crédito. Además, el beneficio de ese requisito se perdería si se registraran de ordinario estimaciones exageradas.

d. Acceso a información más detallada

54. Los posibles compradores y acreedores garantizados pueden por lo general resolver la cuestión del riesgo en materia de prelación que plantea una notificación inscrita en un registro sin tener que investigar más a fondo. Pueden negarse a seguir negociando con el otorgante, u obtener una desgravación o un acuerdo de subordinación del acreedor garantizado inscrito, o exigir que el otorgante obtenga una liberación de la inscripción (en los casos en que la inscripción no representa una carga o cuando un nuevo acreedor garantizado está dispuesto a adelantar fondos suficientes para pagar en su totalidad al acreedor garantizado inscrito con anterioridad).

55. La situación de los terceros que son acreedores no garantizados y de los representantes de insolvencias, junto con los copropietarios de los bienes gravados, es algo diferente. Ya tienen un crédito real o potencial sobre los bienes gravados. Sin embargo, el valor de ese crédito se puede determinar sólo teniendo acceso a pruebas no inscritas del acuerdo de garantía y al monto real de la obligación pendiente. Dado que el otorgante de la garantía real puede no ser una fuente fiable o

cooperadora respecto de esta información, quizá fuera conveniente imponer a los acreedores garantizados una obligación jurídica de responder directamente a una petición de mayores detalles hecha por terceros con intereses legítimos dentro de un plazo razonable.

e. Duración de la inscripción registral

56. La duración de las relaciones de financiación garantizadas puede variar considerablemente. La flexibilidad necesaria se puede incluir de dos maneras. La primera es permitir que los titulares inscritos seleccionen ellos mismos la duración deseada de la inscripción con derecho a inscribir renovaciones. La segunda es establecer un plazo fijo universal (por ejemplo, cinco años), también con la posibilidad de registrar renovaciones.

57. En la financiación a mediano y largo plazo, el primer enfoque reduce el riesgo de que los acreedores garantizados pierdan la prelación por no haber efectuado la renovación a tiempo. En los arreglos a corto plazo, el segundo enfoque reduce el riesgo de los otorgantes de que los acreedores garantizados inscriban un plazo exagerado por un exceso de precaución.

58. Cualquiera que sea el enfoque que se adopte, desde la perspectiva del otorgante es necesario asegurar que las notificaciones se eliminen del registro dentro de un plazo razonable después de satisfecha la obligación garantizada. Las posibles soluciones incluyen la imposición de una sanción financiera a los acreedores garantizados que no efectúen oportunamente la liberación, combinada con el establecimiento de un procedimiento administrativo sumario para imponer la liberación si el acreedor garantizado no responde a una demanda justificada del otorgante en ese sentido. Como incentivo adicional para una acción oportuna, podría ser conveniente dar al acreedor garantizado el derecho a anotar la liberación de forma gratuita.

f. Cuestiones administrativas

i. Consideraciones tecnológicas

59. Si las anotaciones de un registro están organizadas por regiones o distritos, se requieren normas complejas para determinar el lugar apropiado para la inscripción y resolver las consecuencias de un traslado de los bienes o del otorgante. Por otro lado, un registro nacional único crea desigualdades de acceso. La computadorización de la base de datos del registro resuelve el problema al permitir que todas las anotaciones se inscriban en un registro central único y también la inscripción y la consulta a distancia.

60. Una base de datos electrónica puede apoyar un sistema de inscripción totalmente electrónico, en el que los clientes tengan acceso directo por computadora a la base de datos electrónica, tanto para la inscripción como para las consultas. Esto reduce significativamente los costos de funcionamiento y mantenimiento del sistema. Aumenta también la eficiencia del proceso de inscripción al asignar el control directo sobre la entrada oportuna de los datos a la parte que efectúa la inscripción, y al eliminar cualquier desfase entre la presentación de una notificación y la inscripción efectiva en la base de datos de la información consignada en ella. Lo que quizá sea más importante es que un sistema totalmente electrónico asigna la responsabilidad total de la entrada exacta de los datos a los que efectúan la

inscripción y a los que hacen consultas, reduciendo al mínimo de esta forma los costos de funcionamiento y de personal.

61. En última instancia, la medida óptima de la computadorización dependerá del nivel de conocimientos informáticos que tenga la base de clientes del registro, de la fiabilidad de la infraestructura de comunicaciones existente y de la determinación de si los ingresos previstos serán suficientes para recuperar los costos de capital iniciales en un período razonable. El objetivo general es hacer que los procesos de inscripción y consulta sean lo más sencillos, transparentes y accesibles que sea posible en el contexto del Estado de que se trate.

ii. Responsabilidad por los errores sistémicos

62. Si el sistema es exclusivamente electrónico, no hay riesgo de error humano por parte de la oficina de registro, tanto en la etapa de la inscripción como en la de consulta. La responsabilidad se asigna a los que efectúan la inscripción y las consultas. En cuanto al riesgo de fallas del sistema, las consecuencias por lo general pueden reducirse mediante la pronta notificación a los clientes y la prórroga de cualquier plazo que pudiera estar corriendo durante el tiempo que dure la parada del sistema. En la medida en que la entrada de datos y las consultas estén a cargo del personal del registro, el riesgo de error humano en la entrada y recuperación de datos existe, aunque esto también se puede atenuar estableciendo comprobaciones de edición electrónica y asegurando el envío oportuno al cliente de una copia de los datos de la inscripción o del resultado de la consulta.

63. Cualquiera que sea el diseño del sistema, es preciso establecer directrices acerca de la responsabilidad, y sus límites, por los errores del personal del registro o del sistema. Una solución de transacción sería asignar una parte de los ingresos del registro a un fondo de compensación obligatoria e imponer un límite superior a la cuantía de la compensación por un incidente único.

64. En el supuesto de que exista la posibilidad de reclamar indemnización, se necesitará más orientación respecto de quién carga con el riesgo del error respecto del titular inscrito y de los terceros que hacen una consulta. Para resolver la cuestión, las normas podrían, por ejemplo, establecer que un error de indización por parte del personal del registro no perjudica la situación de publicidad de una garantía real, excepto frente a los acreedores garantizados o los compradores que puedan demostrar fehacientemente que han efectuado una consulta y han sufrido daños reales como resultado de la información inexacta consignada en el registro.

iii. Derechos de inscripción en el registro

65. Los derechos de inscripción y consulta elevados, cuyo objeto es obtener ingresos más que sufragar el costo del sistema, son equivalentes a un impuesto sobre las operaciones garantizadas, que en definitiva pagan los otorgantes. Para facilitar el acceso al crédito garantizado a un costo razonable, es fundamental que el sistema logre establecer derechos a un nivel nominal que aliente el uso del sistema, y que permita al mismo tiempo recuperar el capital y los costos de funcionamiento del sistema en un período razonable.

iv. Consideraciones relativas a los datos personales y la confidencialidad

66. Un sistema de inscripción registral basado en las notificaciones realza la confidencialidad de la relación entre el otorgante y el acreedor garantizado al limitar el nivel de detalle sobre la relación entre las partes que aparece en el registro público.

67. El tema de la confidencialidad plantea la cuestión de si el sistema debe organizarse de modo que facilite las consultas por el nombre del acreedor garantizado así como del otorgante. Si bien la cantidad y el contenido de las notificaciones inscritas por una institución financiera determinada u otra entidad acreedora no son pertinentes para los efectos jurídicos del registro, esta clase de información puede tener valor de mercado como fuente de la lista de clientes de un competidor o para las empresas que buscan financiación u otros productos del mercado. Aunque los ingresos adicionales serían atractivos, la recuperación y venta de esta clase de información a granel probablemente perjudicaría la confianza en el sistema y hasta podría infringir las leyes de protección de los datos personales.

g. Prelación

i. Inscripción anticipada

68. El establecimiento de un registro de operaciones garantizadas permite resolver la cuestión de las garantías reales concurrentes inscritas sobre los mismos bienes gravados con arreglo a la norma del "primero en inscribir". Las excepciones a esta regla general se tratan detalladamente en el capítulo sobre prelación (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párrs. 12 a 17). Ahora bien, una cuestión que hay que resolver en esta etapa es si se debe permitir al acreedor garantizado que inscriba una notificación de garantía antes de la concertación del acuerdo de garantía (noción similar a la inscripción provisional de una hipoteca en un registro de la propiedad).

69. La inscripción anticipada permite a un acreedor garantizado establecer su rango de prelación en relación con otros acreedores garantizados sin tener que comprobar si ha habido otras inscripciones antes de adelantar los fondos. La inscripción anticipada evita también el riesgo de nulidad de la inscripción en los casos en que el acuerdo de garantía subyacente sea técnicamente deficiente en el momento del registro pero luego se rectifique, o cuando haya incertidumbres de hecho sobre el momento preciso en que se concertó el acuerdo de garantía.

70. Desde la perspectiva del otorgante, la protección adecuada contra el riesgo de que en última instancia no se concierte un acuerdo de garantía se asegura con las mismas medidas utilizadas en el caso de las inscripciones no autorizadas (por ejemplo, exigiendo que el otorgante designado sea informado de cualquier inscripción y estableciendo un procedimiento administrativo sumario para que el otorgante pueda obtener una liberación si el acreedor garantizado identificado no actúa en un plazo razonable).

ii. Matizaciones sobre la prelación

71. Se señaló en partes anteriores del presente capítulo que la inscripción quizá no siempre sea el modo de publicidad óptimo desde el punto de vista de la prelación, por ejemplo, cuando los bienes gravados son bienes de inversión a los que se dio

publicidad mediante el control, o cuando están sujetos a un registro de la propiedad o a un sistema de certificado del título (véanse los párrafos 17 a 19 y 26 a 33).

72. Además, aunque la inscripción pueda ser una condición previa para la eficacia de una garantía real, una garantía real inscrita no es necesariamente eficaz frente a todas las categorías de terceros. Por ejemplo, el comprador de existencias vendidas en el curso ordinario de los negocios del vendedor normalmente las acepta libres de toda garantía real otorgada por el vendedor. De igual modo, la existencia de una garantía real normalmente no perjudica los derechos adquiridos de un arrendatario o licenciatario de bienes gravados sujetos a una garantía real inscrita. Por último, los terceros que en el curso ordinario de los negocios adquieren la posesión de dinero en efectivo o títulos negociables por su valor, están normalmente protegidos frente a una garantía real inscrita con anterioridad.

73. Estas normas se tratan detalladamente en el capítulo sobre prelación (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párrs. 34 a 43). A los fines del presente capítulo, lo importante es que la inscripción de una notificación de garantía no menoscaba la posibilidad de que terceros realicen operaciones comerciales ordinarias con el otorgante respecto de bienes gravados sin tener que preocuparse por hacer una consulta en el registro de operaciones garantizadas ni de hecho estar obligados por una garantía real inscrita de la que tengan conocimiento.

h. La inscripción registral y la ejecución

74. En algunos ordenamientos jurídicos, un acreedor garantizado debe inscribir una notificación de incumplimiento y ejecución antes de tener derecho a ejercer sus recursos de ejecución sobre los bienes gravados. En otros ordenamientos jurídicos, la inscripción registral no es una condición previa para la ejecución. La elección de uno u otro enfoque depende, en parte, de quién tenga la responsabilidad de notificar la iniciación de la ejecución a terceros con un interés inscrito en los bienes gravados. Si esta carga se impone al acreedor garantizado directamente, la inscripción quizá no sea necesaria. En cambio, si la carga se asigna al secretario o algún otro oficial público, la inscripción es necesaria para que el oficial pertinente pueda cumplir su obligación de notificar a los otros acreedores inscritos.

75. La inscripción anticipada de la medida de ejecución pretendida puede reducir la carga de investigación de los acreedores concurrentes, tanto con garantía como sin ella, que contemplan la iniciación de una medida de ejecución. De otra forma, tendrán que realizar nuevas investigaciones sobre todos los acreedores garantizados inscritos a fin de determinar si alguno de ellos ya ha iniciado la ejecución. Aunque en la práctica invariablemente se necesita un cierto grado de comunicación entre los acreedores a fin de asegurar una coordinación adecuada, la inscripción facilitaría al menos la labor de investigación de los demás acreedores (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5, párrs. …).

i. Extensión de la inscripción a las operaciones no garantizadas

i. Título y medios similares

76. Una garantía real puede algunas veces otorgarse mediante una cesión del título al acreedor garantizado con arreglo a una “venta” o “fideicomiso” en el entendimiento de que el título se devolverá cuando se satisfaga la obligación crediticia adeudada por el comprador o beneficiario (véase

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párrs. 29 a 45). Dado que la justificación para requerir la publicidad se aplica a cualquier tipo de operación, los ordenamientos jurídicos con leyes modernas y amplias sobre operaciones garantizadas adoptan un criterio amplio que incluye a todas las operaciones que tienen por objeto garantizar una obligación adeudada a un acreedor.

77. Ahora bien, las operaciones garantizadas no son las únicas que crean problemas de publicidad. La existencia de cualquier derecho de propiedad plantea un riesgo para los terceros que negocian con el propietario aparente. Además, estos otros derechos pueden restar prelación a una garantía real en la medida en que no se hayan hecho públicos.

78. Un medio de paliar estos problemas es extender el mismo requisito de publicidad que se aplica a una garantía real a todas las operaciones comerciales en bienes muebles que probablemente creen importantes preocupaciones en materia de publicidad. Como cuestión práctica, esto incluiría el establecimiento de la inscripción de una notificación en el registro de operaciones garantizadas como condición para la eficacia de la operación frente a los terceros.

79. Las categorías más obvias de operaciones comunes cuya inclusión podría justificarse son:

- Una venta de bienes corporales sujeta a la retención del título como garantía del precio de compra;
- Un arriendo de bienes corporales de larga duración (por ejemplo, un año);
- Una cesión directa de créditos monetarios;
- Una entrega de bienes corporales para la venta;
- Una garantía real no consensual sobre bienes muebles creada en virtud de la ley.

80. Una cuestión más complicada es determinar si las normas sobre prelación que se aplican a las garantías reales inscritas se deben aplicar también a estas operaciones. La norma del primero en inscribir es evidentemente útil cuando una cesión de créditos compite con una garantía real otorgada sobre el mismo crédito. Ahora bien, en el caso de un arrendamiento, una entrega de bienes o una retención del título de venta, la ordenación provisional de la prelación debe matizarse a fin de preservar el título del arrendador, del vendedor o de quien entrega los bienes frente a garantías reales inscritas con anterioridad, quizá con sujeción al requisito de que la inscripción se efectúe dentro de un plazo fijo después de la operación. Los detalles de esta cuestión se tratan en el capítulo sobre prelación (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párrs. 21 a 33).

81. La extensión a otras operaciones comerciales de las normas sobre publicidad y prelación que se aplican a las operaciones garantizadas se refleja, en el plano internacional, en dos convenios. El primero es el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, que amplía el registro internacional contemplado por el Convenio para incluir también los acuerdos de retención de la propiedad del bien vendido a favor de los vendedores, y los acuerdos de arrendamiento de aeronaves. El segundo es la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, en

virtud de la cual la elección de la ley que rige las cuestiones relativas a la publicidad y la prelación se aplican tanto a la cesión directa como al otorgamiento de garantías en créditos por cobrar.

ii. Acreedores judiciales

82. Un acreedor judicial puede ser autorizado a inscribir una notificación judicial en el registro de operaciones garantizadas, y esa inscripción crea automáticamente la prelación equivalente a una garantía real general sobre los bienes muebles del deudor judicial. Este enfoque podría indirectamente promover la rápida satisfacción voluntaria de las deudas judiciales, ya que sus efectos serían impedir que el deudor judicial vendiera los bienes u otorgara garantías a terceros sin haber pagado primero la deuda judicial y anotado la desgravación del bien.

83. Si se adopta este enfoque, es necesario asegurar que el derecho del acreedor judicial no esté en conflicto con las políticas de insolvencia que requieren el trato equitativo de los acreedores no garantizados del otorgante. Esto puede resolverse mediante una norma en virtud de la cual el representante de la insolvencia adquiera automáticamente el derecho sobre cualquier crédito judicial preexistente en beneficio de todos los acreedores (quizá con sujeción a un privilegio especial en favor del acreedor judicial inscrito para compensar los gastos y el trabajo que requiera la inscripción; véase también A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párrs. 44 a 49).

7. Otros modos de publicidad

84. Algunos ordenamientos jurídicos sustituyen un registro público por medios de notificación más limitados (por ejemplo, la inscripción de una notificación en los libros del otorgante, o en los libros de un notario u oficial judicial, o en los periódicos de la localidad del otorgante, o en algún periódico gubernamental). Aunque algunos de estos medios de notificación satisfacen suficientemente la preocupación por la anticipación fraudulenta de las fechas, en comparación con un registro amplio de operaciones garantizadas carecen de la permanencia y la facilidad de acceso público necesarias para proteger adecuadamente a terceros.

85. Algunos ordenamientos jurídicos requieren la publicidad mediante la colocación de una placa u otra notificación física en el bien gravado. La fiabilidad de este tipo de mecanismo de publicidad es limitada en vista del potencial de abuso por el otorgante. Ahora bien, en algunos mercados, la naturaleza especializada del bien y la práctica de la rama de producción puede hacer que esta forma de posesión simbólica sea aceptable (por ejemplo, la marcación del ganado).

8. Eficacia de la garantía real sin publicidad

a. Frente al otorgante

86. La publicidad guarda relación con los efectos de la garantía real frente a terceros. De esto parecería desprenderse que la publicidad es innecesaria para constituir una garantía real eficaz entre el acreedor garantizado y el otorgante.

87. En cualquier caso, respecto de la mayoría de las cuestiones que afectan a las partes inmediatas, la relación entre la publicidad y la creación de una garantía real no tiene relevancia práctica. Después de todo, el acreedor garantizado tiene derechos contractuales sobre los bienes de que se trata desde el momento en que se

concierta el acuerdo de garantía. Mientras el otorgante sea la única otra parte interesada, no importa que los derechos del acreedor garantizado sean de carácter real o personal.

b. Frente a terceros

i. Consideraciones generales

88. Hay tres formas posibles de determinar la eficacia jurídica frente a terceros de una garantía real que no se ha dado a publicidad. La primera es tratar la garantía real como eficaz desde el momento en que se establece con sujeción a protección especial para clases determinadas de terceros, por ejemplo, los que se basan, en su propio detrimento, en la propiedad aparente del otorgante. La segunda es hacer que la publicidad sea una condición absoluta para que la garantía real surta efectos frente a terceros. La tercera es requerir la publicidad sólo en relación con ciertas categorías específicas de derechos de terceros.

89. A la luz de la diversidad de las posibles respuestas, quizá fuera más útil examinar la cuestión de la eficacia de una garantía no dada a publicidad en relación con cada una de las categorías principales de acreedores concurrentes.

ii. Acreedores garantizados concurrentes

90. Si se permite que una garantía real sin desplazamiento surta efectos frente a acreedores garantizados concurrentes sin publicidad, los costos directos de las operaciones garantizadas se reducen al mínimo y no hay necesidad de invertir en el establecimiento de un registro general de operaciones garantizadas. Por otro lado, la publicidad permite a todos los posibles acreedores garantizados evaluar con más precisión su riesgo en materia de prelación. A falta de la publicidad, deben basarse en las seguridades del otorgante, y en sus propias investigaciones y percepciones. Esta carga de realizar investigaciones adicionales puede impedir el acceso al crédito a posibles prestatarios que no tengan un historial de crédito establecido, y restringir la competencia en el mercado crediticio.

91. Si se requiere la publicidad, se plantea la cuestión de si el conocimiento efectivo compensa la falta de publicidad. De ser así, una garantía real sin publicidad tendría precedencia sobre una garantía real con publicidad adquirida con el conocimiento de la existencia de una garantía real anterior sin publicidad. Esto puede socavar la certidumbre y la previsibilidad creadas por una norma general de publicidad y el valor de la norma del primero en inscribir en el contexto de garantías reales concurrentes a las que se dio publicidad mediante la inscripción de una notificación en el registro de operaciones garantizadas. Además, no hay falta de equidad ni mala fe inherente en exigir al primer acreedor en el tiempo que acepte las consecuencias de no efectuar la publicidad en el momento oportuno.

iii. Cesionarios de bienes gravados

92. En virtud del carácter real de la garantía, se presume que el acreedor garantizado tiene derecho a seguir el bien al pasar éste a manos de un tercero comprador que adquiere el título en virtud de una venta no autorizada por el otorgante (“droit de suite”). A falta de un requisito de publicidad, la conservación del droit de suite del acreedor garantizado debe sopesarse con la necesidad de proteger la certidumbre de las ventas de bienes muebles. Esto puede requerir una

norma que proteja el título adquirido por los compradores que no tienen conocimiento real o presunto de una garantía real sin publicidad. El requisito de la publicidad elimina la necesidad de tener que escoger entre estos dos valores. Los compradores se pueden proteger con anticipación a la compra mediante la verificación de la posesión o el control por el otorgante de los bienes gravados y realizando una investigación en el registro de operaciones garantizadas o en el registro de la propiedad, según sea el caso (y los compradores en el curso ordinario de los negocios, o los compradores de buena fe y posiblemente otros compradores no experimentados podrían estar exentos de la obligación de inscribir o efectuar una consulta; véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párrs. 34 a 43).

93. Se plantea también la cuestión de si una garantía real sin publicidad debe surtir efecto frente a un comprador que adquiere un bien gravado teniendo conocimiento del gravamen. Las normas de prelación que se basan en el conocimiento del gravamen requieren una investigación específica de hechos que forman parte de un estado mental subjetivo, y esto es particularmente difícil cuando se trata de empresas u otras personas jurídicas. De esta forma, complican la solución de la controversia. Una solución de transacción sería considerar que la garantía real sin publicidad es ineficaz sólo frente a los compradores que han adquirido tanto el título como la posesión de los bienes gravados. Esto sería equivalente a tratar la posesión por el comprador como un acto de publicidad que confiere prioridad.

iv. Donatarios

94. La situación de un donatario de bienes gravados es algo diferente de la de un comprador u otro cesionario comercial. Dado que el donatario no ha entregado ningún valor, no hay prueba objetiva de que se haya basado, en su propio detrimento, en la aparente propiedad sin gravámenes del otorgante. Por esta razón, quizá no haya problemas en exigir que el donatario respete la garantía otorgada con anterioridad, independientemente de la publicidad. Esto debe sopesarse con el costo de los recursos empleados para determinar la condición jurídica de un cesionario y para resolver otras posibles complicaciones creadas por un cambio de posición de parte del donatario después de haber recibido la donación.

v. Representantes de la insolvencia

95. A falta de un requisito de publicidad, una garantía real es normalmente eficaz frente al representante de la insolvencia del otorgante o los acreedores judiciales, siempre que se haya otorgado antes de haberse iniciado las actuaciones de insolvencia (o antes de que comience a contar cualquier período de sospecha anterior a la insolvencia). Esto puede justificarse algunas veces con el argumento de que los acreedores no garantizados no se basaron en la propiedad del otorgante no sujeta a gravamen para conceder el crédito. Aun si éste fue un factor que se tuvo en cuenta, el propio acto de conceder el crédito sin tomar la garantía implica una aceptación del riesgo de subordinación frente a los acreedores garantizados subsiguientes.

96. Por otro lado, la exigencia de la publicidad antes de las actuaciones de insolvencia ofrece protección contra el riesgo de que se antedaten fraudulentamente los instrumentos de garantía. Un aspecto aún más importante es que reduce el costo de la insolvencia al dar al representante un medio eficaz de determinar a qué garantías reales se aplica una presunción de validez (véase

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. 2). Aparte de la insolvencia formal, la publicidad permite también a los acreedores judiciales determinar, antes de iniciar una ejecución costosa, si los bienes del deudor ya están gravados por una garantía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. 49).

B. Resumen y recomendaciones

97. La retirada de los bienes gravados de la posesión del otorgante es el modo de publicidad tradicional para el otorgamiento de una garantía real sobre bienes muebles. Aunque la privación de la posesión no indica de forma concluyente que el bien ausente está sujeto a una garantía real, alerta a los terceros del riesgo de que el título del otorgante ya no esté libre de gravámenes. Ahora bien, para lograr este resultado, la privación de la posesión debe ser real, y no "ficticia". Si el otorgante retiene la propiedad aparente, los terceros no están protegidos.

98. La privación física de la posesión no es viable cuando los bienes gravados son obligaciones inmateriales adeudadas al otorgante por un tercero. Ahora bien, el equivalente funcional de la privación de la posesión se puede obtener cediendo al acreedor garantizado el control jurídico sobre el cumplimiento de la obligación adeudada por el tercero. Por ejemplo, el control sobre una cuenta de depósito en poder de una institución financiera o una compañía de seguros puede cederse colocando la cuenta a nombre del acreedor garantizado u obteniendo el acuerdo de la institución depositaria para aceptar las órdenes del acreedor garantizado.

99. En el caso de créditos monetarios, un acreedor garantizado puede por lo general obtener el control jurídico notificando al tercero obligado por el crédito de que debe hacer el pago directamente al acreedor garantizado. No obstante, quizá no sea conveniente reconocer esta situación como un acto de publicidad suficiente. Esa norma haría que los posibles acreedores garantizados, los posibles cesionarios y otros terceros tuvieran que determinar si hay una notificación anterior de un acreedor garantizado a fin de determinar su riesgo en cuanto a la prelación. La carga de la investigación impediría la financiación garantizada basada en el fondo general del otorgante de créditos comerciales que tenga en su poder y que adquiera con posterioridad.

100. La privación física de la posesión o la cesión del control no son posibles si el otorgante necesita retener el uso de los bienes gravados para el curso de sus operaciones comerciales. Muchos Estados han establecido un sistema de certificados de título o de registro de la propiedad especiales para categorías limitadas de bienes de alto valor, como vehículos, barcos, aeronaves y patentes. Si éstos existen, ofrecen otro modo de publicidad aceptable para que los terceros que negocian con el otorgante puedan protegerse realizando una investigación en el registro de la propiedad o examinando las inscripciones en el certificado del título.

101. Los modos de publicidad basados en el título o en el bien no son prácticos para una garantía real sobre fondos genéricos de bienes que el otorgante tiene o adquiere con posterioridad, como las existencias o los derechos sobre bienes específicos respecto de los cuales el estudio del título no es económicamente rentable. En este caso, la única solución posible en materia de publicidad es el establecimiento de un registro de operaciones garantizadas en el que se pueda inscribir una notificación de garantía real haciendo referencia al nombre del otorgante de la garantía real.

102. Si no existe un registro amplio de operaciones garantizadas, no hay razón para exigir la publicidad como condición previa para la eficacia de una garantía real frente a un tercero. Suponiendo que se hubieran satisfecho las normas sobre propiedad para constituir una garantía real eficaz, los derechos del acreedor garantizado frente a terceros se determinarían en cambio por referencia a las normas de prelación basadas en una cuestión de política: qué categorías de terceros acreedores deben aceptar una garantía real sobre la que no tienen conocimiento o medios para conocer su existencia.

103. Por consiguiente, los Estados interesados en establecer un registro amplio de operaciones garantizadas a fin de desarrollar mercados financieros competitivos deben establecer un registro amplio de operaciones garantizadas para dar publicidad a notificaciones de garantía real a fin de que los posibles acreedores garantizados y los terceros puedan determinar su riesgo en materia de prelación con mayor certidumbre y previsibilidad. En tal caso, las normas sobre prelación deben resolver varias cuestiones, entre ellas:

a) Si la inscripción confiere prelación superior frente a una garantía real concurrente a la que se dio publicidad mediante privación de la posesión o el control;

b) Si la publicidad mediante la privación de la posesión o el control confiere prelación superior frente a compradores y acreedores garantizados concurrentes respecto de algunas categorías de bienes gravados, por ejemplo, los títulos negociables a fin de preservar su carácter negociable;

c) En el caso de que los bienes gravados estén cubiertos por un registro de la propiedad especializado o por una anotación en un certificado de título, si las garantías reales y otros derechos de terceros concurrentes a los que se ha dado publicidad mediante estos regímenes tienen precedencia sobre una garantía real a la que se dio publicidad mediante privación de la posesión o por inscripción en un registro general de operaciones garantizadas;

d) En el caso de un registro indizado por el nombre del otorgante, cuál es el medio más apropiado de resolver el problema particular de publicidad que afecta a un cesionario remoto de bienes que están sujetos a una notificación inscrita, es decir, un cesionario que adquiere los bienes gravados de un sucesor del otorgante en el título. Si el acreedor garantizado no ha enmendado la notificación para añadir el nombre del cedente, se plantea la cuestión de si no obstante la garantía real debe ser válida frente a un cesionario que no tenga conocimiento de la situación. Por otra parte, hay que determinar si la inscripción basada en la categoría del bien gravado debe ser una condición para la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes gravados que tienen un valor relativamente alto y para los cuales existe un mercado de reventa activo (por ejemplo, automóviles, barcos a motor o autocaravanas);

e) Cuáles son los requisitos para que una notificación inscrita sea jurídicamente eficaz. En particular: qué constituye una identificación adecuada del otorgante y una descripción adecuada de los bienes gravados; si el valor máximo de la obligación que puede garantizarse mediante los bienes gravados se debe especificar en la notificación inscrita; si la duración efectiva de una notificación, a reserva de una renovación oportuna, se debe determinar por referencia al plazo seleccionado en la notificación inscrita o a un plazo estándar establecido por la ley;

si la inscripción previa a la concertación efectiva de un acuerdo de garantía es permisible; y si una inscripción única puede dar publicidad a una garantía otorgada en virtud de acuerdos de garantía sucesivos entre las mismas partes y sobre los mismos bienes;

f) Cuáles son las técnicas disponibles para proteger al otorgante contra inscripciones no autorizadas o erróneas;

g) Si ciertas categorías de terceros tienen derecho a exigir más información sobre la situación actual y los detalles del acuerdo de financiación directamente al acreedor garantizado, especialmente a los copropietarios, los acreedores judiciales no garantizados y el representante de la insolvencia del otorgante;

h) Cuál es la política óptima sobre cuestiones de diseño y operacionales, en particular, el establecimiento de derechos de inscripción y consulta y el alcance de la computadorización del sistema;

i) Si la inscripción es una condición para la eficacia frente a terceros de otras operaciones con bienes muebles sin desplazamiento aun cuando no garanticen el cumplimiento de una obligación; por ejemplo, un arriendo a largo plazo de bienes muebles corporales, una venta con retención del título hasta el pago del precio o una cesión directa de créditos inmateriales.

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3

Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su cuarto período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas Informe del Secretario General

ADICIÓN

Índice

	Párrafos
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-90
VII. Prelación	1-90
A. Observaciones generales	1-77
1. El concepto de prelación y su importancia	1-5
2. Reglas de prelación	6-17
a. Orden de prelación basado en la fecha de inscripción	7-11
b. Orden de prelación basado en la posesión o el control del bien gravado	12-14
c. Otras reglas de prelación	15-17
3. Categorías de acreedores concurrentes	18-59
a. Otros acreedores garantizados por vía contractual	18
b. Acreedores no garantizados	19-20
c. Vendedores de bienes gravados	21-33
d. Compradores de bienes gravados	34-43
e. Acreedores judiciales	44-49
f. Acreedores legales (privilegiados)	50-53
g. Acreedores que almacenan bienes gravados o les añaden valor	54-57
h. Representante de la insolvencia	58-59
4. Prelación respecto de futuros anticipos y bienes adquiridos ulteriormente	60-64
a. Futuros anticipos	60-62
b. Bienes adquiridos ulteriormente	63-64
5. Prelación en cuanto al producto	65-73
6. Modificación voluntaria de la prelación: acuerdos de subordinación	74-75
7. Importancia de la prelación anterior a la ejecución	76-77
B. Resumen y recomendaciones	78-90

VII. Prelación

A. Observaciones generales

1. El concepto de prelación y su importancia

1. El concepto de "garantía real", que se utiliza en la presente Guía, designa un derecho real (o sea, un derecho constituido directamente sobre bienes o cosas, a favor de un acreedor, por el que se garantiza el pago o algún otro cumplimiento de una obligación determinada). Por su parte, el término "prelación" se refiere a la medida en que el acreedor pueda cobrar el producto económico de su garantía real con preferencia al derecho que otras partes traten de hacer valer sobre el bien o bienes constituidos en garantía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 14, definición de "prelación"). Como se explica más adelante, los demás acreedores tal vez sean titulares de una garantía real contractual sobre los bienes, tenedores de títulos de deuda no garantizada, el vendedor o el comprador de los bienes, titulares de garantías reales no contractuales sobre los bienes (por ejemplo, de garantías reales creadas por vía judicial o por imperio de la ley) o el representante de la insolvencia del otorgante.

2. El reconocimiento de cierto orden de prelación es el supuesto básico de todo régimen jurídico eficaz de las garantías reales. Está ampliamente reconocido que cierta prelación es necesaria para fomentar las diversas ofertas de financiación garantizada a un costo que sea asequible para las empresas. La prelación permite que los otorgantes de garantías reales constituyan más de una garantía real sobre sus bienes, utilizando así al máximo el valor de sus bienes para obtener más crédito, lo cual es uno de los objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 27). Además, en la medida en que exista un orden de prelación claro cuyo resultado sea previsible, los acreedores, incluso aquéllos cuyos créditos no estén garantizados, podrán determinar de antemano cuál será su situación si deciden otorgar crédito, y adoptar toda medida que proceda para proteger su crédito, lo cual reducirá los riesgos que deberán asumir los acreedores y a su vez repercutirá positivamente en la oferta y el costo del crédito.

3. Un acreedor habitualmente otorga crédito en función del valor de un bien en particular, sólo si puede determinar con la debida certeza en el momento de hacerlo cuál es la prelación de que gozará frente a su garantía real todo otro crédito sobre dicho bien. El factor crítico para el acreedor que efectúa este análisis es la prelación que le corresponderá a su garantía en el supuesto de que el otorgante se declare insolvente, en particular cuando el bien o los bienes gravados sean la principal o única fuente de reembolso del crédito. En la medida en que el acreedor albergue dudas, en el momento de sopesar si otorgará o no crédito, respecto de la firmeza de su prelación, los bienes gravados le merecerán menos confianza. Esta incertidumbre puede entrañar una elevación del costo del crédito en función del menor valor que el acreedor asignará a los bienes gravados y tal vez induzca al acreedor a negarse por completo a otorgar crédito.

4. Para minimizar esa incertidumbre, es importante que el régimen de las operaciones garantizadas contenga reglas de prelación claras, cuyo resultado sea previsible. La existencia de tales reglas, complementadas por alguna vía eficiente

para determinar con certeza la prelación en el momento de otorgar el crédito, tal vez sea tan importante para el acreedor como las particularidades del régimen de prelación en sí. Un acreedor aceptará con frecuencia que algún otro acreedor goce de mayor prelación, siempre que pueda determinar que en última instancia podrá obtener un valor suficiente de los bienes gravados en pago de su préstamo, en un supuesto de impago por el otorgante. Por ejemplo, un acreedor puede estar dispuesto a conceder préstamos a un otorgante en función del valor de las existencias actuales y futuras que éste posea, aun cuando esos bienes se hayan constituido en garantía a favor de la parte que vendió las existencias al otorgante o de la parte que las almacenó en su nombre, siempre y cuando el acreedor pueda determinar que, aun después de pagarse esas garantías, podrá venderse o disponerse de alguna otra forma del resto de las existencias, por una cuantía suficiente para reembolsar íntegramente su crédito garantizado. Por supuesto, aunque la Guía se centre en las garantías reales contractuales, todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe prever también reglas para resolver los conflictos de prelación entre garantías reales contractuales y no contractuales.

5. Es importante destacar que, independientemente del orden de prelación imperante en un ordenamiento determinado, ese orden sólo tendrá importancia en la medida en que sea declarado aplicable por las reglas de conflictos de leyes del foro competente. Esta cuestión se examina en el capítulo X (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7, párrs. ...).

2. Reglas de prelación

6. En esta sección se examinan varios métodos posibles para determinar el orden de prelación. Es importante destacar que en un mismo ordenamiento jurídico pueden coexistir eficazmente varias de esas reglas, siempre y cuando sean aplicables a diferentes tipos de conflictos de prelación.

a. Orden de prelación basado en la fecha de inscripción

7. Como se explicó anteriormente (véanse los párrafos 2 a 4), a fin de fomentar la disponibilidad de financiación garantizada a un costo que sea asequible, cabe instituir un régimen de prelación que permita a los otorgantes de la garantía sacar el máximo provecho del valor de sus bienes para obtener créditos y a los acreedores determinar con la debida certeza en el momento de otorgar crédito el grado de prelación que les corresponderá. Según se explica en el capítulo V (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, párrs. ...), una de las formas más eficaces de dar certeza, al menos en el caso de las garantías reales sin desplazamiento, es que la prelación se base en algún régimen de inscripción pública de las garantías reales.

8. En la mayoría de los ordenamientos que disponen de un registro público fiable, la prelación se determina por el orden de inscripción ("prelación basada en la fecha de inscripción"). En ciertos ordenamientos jurídicos, este orden surtirá efecto, aun cuando no se hayan satisfecho uno o varios de los requisitos para la constitución de la garantía real, desde el momento de efectuarse la inscripción, lo cual libra al acreedor de tener que volver a consultar dicho registro, tras haber cumplido plenamente los requisitos. De este modo, el acreedor tendrá la certeza de que, una vez efectuada la inscripción registral de su garantía real, ningún otro derecho que se inscriba tendrá prelación sobre su garantía, salvo las contadas excepciones que se examinan en la sección A.3 *infra*. Gracias a esta certeza, los acreedores pueden

determinar con gran confianza el orden de prelación del que gozarán y, como consecuencia, se reduce el riesgo de los créditos que otorgarán. Los otros acreedores existentes o, en su caso, los acreedores potenciales también se benefician, puesto que la inscripción registral sirve de aviso de la existencia de una garantía real, o de su posible creación, lo que les permite adoptar medidas para protegerse. No obstante, el orden de prelación basado en la fecha de inscripción podrá llevarse a cabo de acuerdo a los usos y costumbres en determinados supuestos, como en el caso de las garantías reales constituidas sobre bienes cuyo precio de compra se financia (véase la sección A.3.c. *infra*), o en el caso de los acreedores que gozan de algún privilegio legal (véase la sección A.3.f. *infra*).

9. El orden de prelación basado en la fecha de inscripción puede verse ilustrado en los ejemplos 2 y 3 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 18 y 23). En estos ejemplos, tanto el prestamista B como el prestamista C gozan de una garantía real sobre los créditos por cobrar y las existencias inventariadas que obren en poder de Agrico o que pasen ulteriormente a sus manos. Con arreglo al orden de prelación basado en la fecha de inscripción, la garantía real del prestamista que haya efectuado antes la inscripción registral de la garantía real constituida sobre las existencias inventariadas y los créditos por cobrar gozará de prelación sobre la garantía real del otro prestamista, independientemente de la fecha en que se hayan cumplido los demás requisitos para la constitución de las garantías de cada prestamista.

10. Algunos ordenamientos prevén que, siempre que la inscripción se haga dentro de un "plazo de gracia" posterior a la fecha de constitución de la garantía real, la prelación se basará en esta fecha y no en la fecha de inscripción. Por consiguiente, una garantía real que se cree antes, pero se inscriba después, podrá tener prelación aun sobre una garantía real cuya constitución sea posterior pero se inscriba antes, siempre y cuando la inscripción del primer derecho se haga dentro del plazo de gracia aplicable. Por consiguiente, la fecha de inscripción no es un indicio certero de la prelación del acreedor hasta que no haya expirado el plazo de gracia, lo cual puede causar gran incertidumbre. En los ordenamientos que no reconocen ese plazo de gracia, los acreedores no se ven perjudicados, puesto que siempre tienen la posibilidad de protegerse efectuando oportunamente su inscripción. Por lo tanto, para no socavar la certidumbre que se adquiere con la regla que establece el orden de prelación basado en la fecha de inscripción, en algunos ordenamientos jurídicos se restringe significativamente el uso de los períodos de gracia, y se aplica solamente a situaciones concretas tales como i) en el caso de una garantía real de la financiación del precio de compra de bienes de equipo (véanse los párrafos 21 a 29), ii) cuando no es logísticamente posible realizar la inscripción antes de la constitución o simultáneamente a ésta, o iii) cuando la diferencia de tiempo transcurrido entre la creación y la inscripción no puede ser minimizada mediante la inscripción electrónica u otro tipo de técnicas de inscripción.

11. El orden de prelación basado en la fecha de inscripción podrá ser aplicable aun cuando el acreedor obtenga una garantía real sabiendo que se ha constituido otra que todavía no se ha inscrito. Todo condicionamiento de la inscripción al conocimiento efectivo que los interesados hayan tenido de ciertos hechos exigirá una investigación de esos hechos y hará impugnable la inscripción, creando un nuevo motivo de pleito y un incentivo para impugnar la inscripción. Todo esto resta certeza al orden de prelación de los acreedores y socava la eficiencia y eficacia del

sistema. Al igual que se dijo respecto de la denegación de un plazo de gracia, la aplicación de este criterio de prelación no perjudicará a los acreedores garantizados, que podrán protegerse efectuando oportunamente su inscripción registral.

b. Orden de prelación basado en la posesión o el control del bien gravado

12. Como se señaló en los capítulos III y V (véanse A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2, párrs. 5 a 14, y A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, párrs. ...), la garantía real con desplazamiento de la posesión ha sido un componente tradicional importante de la legislación sobre los préstamos garantizados de la mayoría de los ordenamientos. En reconocimiento de este hecho, incluso en algunos ordenamientos, cuyo orden de prelación está basado en la fecha de inscripción, se ha previsto que la prelación podrá también basarse en la fecha en que el acreedor obtenga la posesión o el control del bien gravado, sin que medie ningún requisito de inscripción. En estos ordenamientos, la prelación corresponderá a menudo al acreedor que inscriba antes su garantía real sin desplazamiento, o al acreedor que adquiera antes su garantía real por entrega de la posesión o del control del bien gravado, si es éste el que se adelanta.

13. Respecto de ciertas categorías de bienes, los acreedores exigen con frecuencia la posesión o el control del bien o de los bienes gravados para impedir que el otorgante de la garantía infrinja su obligación de no enajenarlos (por ejemplo, en el caso de ciertos instrumentos, como los valores bursátiles certificados, o los documentos de titularidad como los conocimientos de embarque o los recibos de almacén). Tratándose de estas categorías de bienes, el orden de prelación de la garantía real podrá establecerse mediante la posesión o el control de tales bienes o mediante inscripción. La garantía real que deviene eficaz frente a terceros (o sea, que "se perfecciona") por medio de la posesión o el control tiene prelación frente a una garantía real perfeccionada sólo mediante inscripción, incluso si la inscripción se realiza primero. En los ordenamientos jurídicos en los que existe un sistema de inscripción, salvo en contadas situaciones como ésta, no se permite que otro régimen de prelación coexista con el sistema del orden de prelación basado en la fecha de inscripción.

14. En los ordenamientos jurídicos en los que la prelación puede ser determinada mediante la inscripción, la posesión o el control, se plantea la cuestión de si cabe permitir o no que un acreedor garantizado cuya prelación se haya determinado por uno de esos métodos pueda optar por otro sin perder la prelación de que gozaba originariamente respecto de los bienes gravados. En principio, no habría inconveniente en permitir a un acreedor que conserve su prelación, siempre que la inscripción, la posesión o el control se sucedan sin discontinuidad, para que la garantía real esté determinada en todo momento por uno u otro método.

c. Otras reglas de prelación

15. En algunos ordenamientos, la prelación se determina por la fecha de constitución de la garantía real y no por la fecha su inscripción (una variante de la regla del orden de inscripción). Este sistema se ha adoptado en algunos ordenamientos jurídicos que permiten las garantías reales sin desplazamiento, pero que no han previsto un sistema de inscripción fiable o que no disponen de ninguno. En estos ordenamientos jurídicos, el acreedor suele fiarse de las declaraciones del

otorgante de la garantía o de la información que pueda obtener en el mercado para averiguar si existen o no créditos concurrentes.

16. En otros ordenamientos jurídicos, cuando se trata de determinadas categorías de bienes, como los créditos por cobrar, la prelación se basa en la fecha en que se notifique la existencia de la garantía real a los deudores de los créditos por cobrar ("los deudores de los créditos"). Al igual que la modalidad descrita en el párrafo anterior y en los párrafos subsiguientes, ésta tampoco favorece la práctica de la financiación garantizada a un costo asequible, por no permitir que el acreedor determine con la debida certeza al otorgar crédito si existen o no garantías reales concurrentes. Sin embargo, en el caso de las garantías reales constituidas sobre créditos por cobrar, aunque la notificación de los deudores de los créditos no es una condición para que una garantía real sobre un crédito por cobrar sea eficaz frente a terceros, la notificación puede aun así tener importancia en relación con otras cuestiones, como la exoneración de las obligaciones del deudor del crédito mediante el pago a la persona adecuada o la ejecución contra el deudor del crédito, incluso en los ordenamientos jurídicos que hayan adoptado un régimen basado en la inscripción.

17. Los acuerdos de retención de la titularidad son un ejemplo fundamental de garantías reales que no están sujetas a requisito alguno de inscripción en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que las reconocen y que no con cuentan con un régimen global de garantías (es decir, un régimen en que los acuerdos de retención de titularidad se asimilen a garantías reales que deben inscribirse). En esos ordenamientos jurídicos, se aduce que ese sistema no es solamente sencillo sino también económico, porque los acuerdos de retención de la titularidad generalmente no prevén intereses. Sin embargo, el hecho de que tal sistema funcione en algunos países no significa necesariamente que pueda ser un modelo útil. En primer lugar, no existe un modelo único puesto que hay grandes divergencias entre los países que siguen ese sistema (al menos en un país los acuerdos de retención de la titularidad están sujetos a un sistema de inscripción). En segundo lugar, se inhibe la competencia con otros posibles acreedores en la medida en que esos acuerdos solamente pueden celebrarse con los proveedores, como ocurre en algunos países. En tercer lugar, si bien a menudo esos acuerdos no prevén intereses, la falta de competencia podría encarecer la obtención de crédito, puesto que esos costos más elevados, aunque no se reflejen en el pago de intereses, podrían hacer aumentar el precio de los bienes. Por último, si bien esos sistemas pueden ser muy eficaces en los ordenamientos jurídicos que cuentan con un sistema crediticio desarrollado, es un hecho aceptado que la creación de un sistema de prelación basado en el orden de inscripción es la manera más eficaz de fomentar la rápida implantación de un sistema crediticio en una economía nacional.

3. Categorías de acreedores concurrentes

a. Otros acreedores garantizados por vía contractual

18. Como se puntualizó anteriormente (véanse los párrafos 2 a 4), muchos ordenamientos permiten que el otorgante constituya más de una garantía real sobre los mismos bienes y determine la prelación relativa de los derechos así creados en función del orden de prelación (la fecha de inscripción u otro método) imperante en ese ordenamiento o conforme a lo que convengan los acreedores (véanse los párrafos 76 y 77). Al permitirse la constitución de múltiples garantías sobre unos

mismos bienes, el otorgante puede aprovechar el valor inherente a un determinado bien para obtener crédito de más de una fuente, explotando así al máximo el potencial de captación de préstamos del bien o bienes gravados.

b. Acreedores no garantizados

19. El otorgante contrae a menudo deudas que no cuentan con el respaldo de una garantía real. Estos créditos ordinarios o sin garantía generalmente constituyen el grueso de las obligaciones pendientes de pago del otorgante.

20. Si bien algunos cuestionan la equidad de conceder prelación a los acreedores garantizados frente a los no garantizados, está probado que es necesario hacerlo para fomentar la oferta de crédito garantizado. Los acreedores no garantizados pueden adoptar medidas para proteger sus derechos, procurando, por ejemplo, informarse sobre la solvencia del deudor, obtener en ciertos casos una garantía real, cobrar los intereses devengados sobre sumas exigibles o demandar de los tribunales la ejecución de su crédito o créditos (como se explica en la sección A.3.e. *infra*) en todo supuesto de impago. Además, la obtención de crédito garantizado puede aumentar el capital circulante disponible del otorgante, lo que en muchos casos redunda en provecho de los acreedores no garantizados, al hacer más probable el reembolso de la deuda sin garantía. Así pues, un rasgo esencial de todo régimen eficaz de los créditos garantizados ha de ser que los derechos de los acreedores garantizados, debidamente adquiridos, tengan prelación sobre los derechos de los titulares de créditos ordinarios no garantizados. Por último, en muchos ordenamientos jurídicos, la ley establece una prelación especial para ciertas categorías de acreedores que de otra manera conservarían su calidad de acreedores no garantizados (como se explica en la sección A.3.f *infra*).

c. Vendedores de bienes gravados

i. Garantía real de la financiación del precio de compra

21. El otorgante suele conseguir sus bienes comprándolos. Si su compra se financia con un crédito otorgado por el vendedor o por un prestamista ("financiación del precio de compra"; véanse A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 16 a 18, y A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párrs. ...) y si se constituye una garantía real sobre las mercancías así adquiridas, a favor del vendedor o de un prestamista, para respaldar la financiación del precio de compra, cabe considerar cuál debe ser la prelación de esa garantía frente a toda otra garantía real sobre esa misma mercancía de que goce algún otro acreedor.

22. En reconocimiento del hecho de que la financiación del precio de compra es un mecanismo eficaz para dotar a las empresas del capital necesario para adquirir determinadas mercancías, muchos ordenamientos jurídicos disponen que todo titular de una garantía constituida para financiar una compra tenga prelación frente a otros acreedores (incluidos los acreedores que hayan inscrito antes sus garantías reales) con respecto a las mercancías o bienes que se hayan adquirido gracias a esa financiación, siempre que se inscriba, en un plazo razonable, la constitución de garantía real de la financiación del precio de compra (lo que podrá implicar "un período de gracia" en el caso de determinadas clases de bienes).

23. El hecho de que en este caso se asigne una prelación superior (a veces denominada "prelación absoluta") constituye una excepción importante al principio

del orden de prelación basado en la fecha de inscripción (examinado en la sección A.2.a. *supra*) que es importante para fomentar la oferta de financiación del precio de compra. Como se desprende de los ejemplos 2 y 3 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 23 y 26), es frecuente que las empresas constituyan garantías reales sobre la totalidad o parte de su equipo y de sus existencias actuales y futuras a cambio de financiación a crédito. Si en tales casos no se diese preferencia a la garantía del crédito negociado para financiar el precio de compra, poco podría confiar el financiador del precio de compra en su garantía real, que gozaría de una prelación inferior a la de toda otra garantía real preexistente. En el ejemplo 1 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 18 a 20), el vendedor A, el prestamista A y el arrendador A se mostrarían reacios a financiar el precio de compra si el orden de prelación de que gozaran sus garantías reales sobre las mercancías fuera inferior al de los otros derechos de garantía existentes del prestamista B, en el ejemplo 2, y del prestamista C, en el ejemplo 3.

24. No se considera en general que al darse mayor prelación a la garantía constituida para financiar la compra de bienes se esté perjudicando a los demás acreedores del otorgante, puesto que, en vez de disminuir el patrimonio (o sea, el activo neto o patrimonio neto) del otorgante, este tipo de financiación lo acrecienta permitiendo la adquisición de nuevos bienes como contraprestación de la financiación del precio de compra. Por ejemplo, las garantías reales de la financiación del precio de compra no menoscaban las garantías reales de los prestamistas B y C, en los ejemplos 2 y 3, ya que éstos conservan su garantía real sobre todos los bienes gravados y, además, una garantía real subordinada a la garantía real de la financiación del precio de compra sobre los nuevos bienes cuyo precio de compra se ha financiado.

25. A fin de fomentar la oferta de la financiación del precio de compra sin desalentar el recurso al crédito garantizado ordinario, es importante que la mayor prelación otorgada a las garantías reales de la financiación del precio de compra se aplique solamente a los bienes adquiridos con dicha financiación y no a cualquier otro bien del otorgante de la garantía.

26. En algunos ordenamientos jurídicos, no se exige la inscripción de las garantías reales de la financiación del precio de compra (por estimarse, entre otras cosas, que los vendedores de bienes podrán ser personas o entidades menos avezadas que no deberían tener que proceder a la inscripción o a consultar el registro). Sin embargo, en otros ordenamientos jurídicos, las garantías reales de la financiación del precio de compra sí deben ser inscritas a fin de evitar que otros acreedores depositen erróneamente su confianza en bienes gravados por una garantía de financiación de su precio de compra (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, párrs. ...).

27. Desde la óptica de todo acreedor concurrente, sería conveniente que se exigiera la inscripción de esa garantía real en el momento de su constitución. De este modo, todo acreedor podría consultar el registro público y determinar con certeza si uno o más de los bienes del patrimonio actual del otorgante estaba o no constituido en garantía de la financiación de su precio de compra. Con todo, a fin de agilizar la financiación inmediata en los sectores de ventas y arrendamiento de equipo, algunos ordenamientos jurídicos fijan un período de gracia para la inscripción de las garantías reales de la financiación del precio de compra si los bienes gravados son de equipo. A fin de equilibrar de la mejor manera posible esos intereses concurrentes, este plazo de gracia debería ser lo bastante largo para que el

requisito de inscripción no sea una carga engorrosa para los financiadores, pero lo bastante breve como para que los demás acreedores garantizados no hayan de esperar demasiado para poder averiguar en el registro si existen garantías reales concurrentes.

28. Tal período de gracia no suele aplicarse a la inscripción de las garantías reales de la financiación del precio de compra sobre existencias inventariadas. En cambio, a fin de obtener una prelación absoluta sobre las existencias inventariadas, en algunos ordenamientos jurídicos el titular de dicha garantía real debe, además de inscribirla, notificar su constitución a los demás titulares de garantías reales constituidas sobre tales bienes. Este requisito se justifica por la necesidad de poner en conocimiento de los financiadores de existencias inventariadas las garantías reales de la financiación del precio de compra para que aquéllos no otorguen otros préstamos tomando como garantía las existencias inventariadas del deudor, creyendo erróneamente que las garantías constituidas sobre tales existencias gozarían de un orden de prelación superior. Por otra parte, a fin de eliminar este riesgo, los financiadores de existencias inventariadas deberían consultar diariamente el registro antes de proceder a otorgar un nuevo préstamo constituyendo una garantía real sobre las existencias inventariadas para cerciorarse que no existe ninguna otra garantía real de la financiación del precio de compra sobre esas existencias (lo que provocaría un aumento importante del costo de tal financiación), y además la consulta diaria del registro no sería suficiente si se otorgase a las garantías reales de la financiación del precio de compra un período de gracia.

29. Al formular la norma relativa a la prelación absoluta para la garantía real de la financiación del precio de compra, debe adoptarse una importante decisión de política legislativa con el propósito de determinar si tal prelación debería beneficiar únicamente a los vendedores de los bienes, o si también pudiera concederse a los bancos y otros prestamistas que financian la adquisición de bienes. Tal restricción de la prelación a los vendedores tiene razones históricas, puesto que la financiación otorgada por el proveedor de los bienes (por ejemplo, bajo la forma de acuerdos de retención de la titularidad) surgió como alternativa eficaz y económica a la financiación bancaria. Un argumento fundamental a favor de que los bancos y otros prestamistas se beneficien de una prelación absoluta es que con un trato equitativo se fomenta la competencia, lo que a su vez debe repercutir positivamente en la oferta y el costo del crédito.

ii. Reclamaciones para la devolución de mercancías

30. En muchos ordenamientos jurídicos se prevé que un proveedor que vende mercancías a crédito sin garantía reclame la devolución de esas mercancías al comprador dentro de cierto plazo (denominado “plazo de reclamación”). El proveedor podrá hacer la reclamación tras descubrir que se ha abierto un procedimiento de insolvencia contra el comprador o que éste es insolvente. Cuando las mercancías se devuelven al vendedor, el acuerdo de compraventa, conforme al cual el comprador las había adquirido inicialmente, se considera por lo general extinguido.

31. Mientras el proveedor querrá que ese plazo sea lo más largo posible para proteger sus derechos, otros acreedores se mostrarán reacios a financiar la compra de bienes cuya devolución pueda reclamarse. Además, si el riesgo crediticio le

preocupa de verdad, el proveedor podría insistir en que se le otorgue una garantía real sobre el precio de compra de las mercancías que entrega a crédito. En resumen, si bien el derecho a reclamar la devolución es importante para los proveedores de mercancías entregadas a crédito sin garantía, el plazo de reclamación debe ser breve (de 30 a 45 días como máximo) para no obstaculizar la concesión de préstamos en general.

32. Una importante consideración de fondo es si las reclamaciones de devolución de determinadas mercancías no deben tener prelación sobre las garantías reales ya constituidas sobre las mismas mercancías. En otras palabras, hay que determinar si, cuando los bienes inventariados del comprador, inclusive las mercancías que podrían ser objeto de reclamación, se han constituido en una garantía real eficaz a favor de un tercero prestamista, las mercancías reclamadas han de ser devueltas al vendedor exentas de dicha garantía real. En algunos ordenamientos, la reclamación tiene efecto retroactivo, lo que supone que el vendedor queda en la misma situación en que estaba antes de la venta (o sea, en posesión de mercancías que no estaban gravadas con ninguna garantía real a favor de los acreedores del comprador). Sin embargo, en otros ordenamientos los derechos de garantía existentes siguen afectando a las mercancías, por considerarse que toda otra situación perjudicaría al acreedor anterior del comprador, que había otorgado el crédito en función de la existencia de tales mercancías, además de generar incertidumbre jurídica y, por ende, desalentar la financiación de bienes inventariados.

33. En muchos ordenamientos se prevé la extinción de toda reclamación de devolución de mercancías cuando éstas pasan a ser componentes de un proceso de fabricación o pierden su identidad de algún otro modo.

d. Compradores de bienes gravados

34. El otorgante también puede vender bienes que ya están gravados con garantías reales. En esta situación, al comprador le conviene recibir los bienes absolutamente libres de todo gravamen de ese tipo, mientras que al acreedor garantizado existente le interesa mantener su garantía real sobre los bienes vendidos. Es importante que en toda regla de prelación se tengan en cuenta y se consideren de forma equilibrada los intereses de ambas partes. Si los derechos del acreedor garantizado peligraran cada vez que el otorgante vendiera los bienes gravados, se depreciaría el valor como garantía de los bienes gravados y se desincentivaría la oferta de crédito a un precio asequible.

35. Se aduce a veces que el acreedor garantizado no se ve perjudicado por la venta de los bienes exentos de la garantía real siempre que la parte asegurada retenga un derecho de garantía sobre el producto de la venta. Ahora bien, los intereses del acreedor garantizado no quedarían necesariamente salvaguardados, puesto que el producto no suele ser tan valioso para el acreedor como los bienes gravados en sí. En muchos casos, el producto tendrá escaso valor como garantía para el acreedor o carecerá de él (por ejemplo, un crédito que no pueda cobrarse). En otros casos, le resultará difícil identificar el producto financiero de su venta y, en consecuencia, su derecho sobre él podría ser ilusorio. Existe también el riesgo de que, aunque el producto de la venta sea valioso para el acreedor garantizado, el vendedor que lo recibe lo dilapide y el acreedor se quede sin nada.

i. Criterio del giro normal de los negocios

36. Los países han aplicado diferentes criterios para compaginar los intereses de los acreedores garantizados con los de las personas que compren bienes gravados a un otorgante en posesión de dichos bienes. Un criterio que se sigue en muchos ordenamientos es disponer que toda venta de bienes gravados consistentes en existencias que efectúe el otorgante en el giro normal de su negocio entrañará la extinción automática de toda garantía real del acreedor garantizado sobre esos bienes, sin que el comprador, el vendedor o el acreedor garantizado deban realizar ningún otro acto. El corolario de esa norma es que toda venta de bienes gravados no efectuada en el giro normal del negocio del otorgante no extinguirá las garantías reales sobre esos bienes y el acreedor garantizado podrá ejecutar su garantía real sobre los bienes en poder del comprador, si el otorgante no cumple con sus obligaciones (salvo, por supuesto, si el acreedor garantizado ha consentido en que se haga la venta).

37. Se argumenta que este criterio permite determinar de forma simple y transparente si los bienes se venden o no absolutamente libres de toda garantía real. Por ejemplo, en el caso de una empresa de compraventa de automóviles, la venta de una unidad a un consumidor es obviamente una operación con mercancías inventariadas que forma parte del giro normal del negocio del concesionario y el consumidor recibirá automáticamente el automóvil absolutamente libre de toda garantía real constituida a favor de los acreedores del concesionario. Por otra parte, no cabría considerar que la venta de grandes cantidades de automóviles a otra empresa de compraventa era una operación efectuada en el giro normal del negocio del concesionario. Este criterio concuerda con las expectativas comerciales de que el otorgante venderá sus existencias (y, de hecho, ha de venderlas para mantener la viabilidad de su empresa) y de que el comprador de los bienes gravados los adquirirá libres de toda garantía real existente. Sin tal exención, la capacidad del otorgante para vender esos bienes en el giro normal de sus negocios se vería restringida sobremanera, puesto que los compradores se verían obligados a investigar todo gravamen que pudiera pesar sobre los bienes antes de adquirirlos. Ello acarrearía muchos gastos y obstaculizaría considerablemente las operaciones que forman parte del giro normal de los negocios.

38. A fin de fomentar ese giro normal de los negocios, muchos ordenamientos establecen que los compradores que intervienen en esas operaciones han de obtener los bienes libres de toda garantía real, aun cuando el comprador actúe a sabiendas de la existencia de dicha garantía. No obstante, en algunos ordenamientos la excepción no se aplica cuando el comprador sabe de antemano que la venta entraña el quebrantamiento de un acuerdo entre el vendedor y su acreedor por el que se dispone que los bienes no pueden venderse sin el consentimiento del acreedor.

39. Respecto de las ventas de bienes gravados que sean ajenas al giro normal del negocio del otorgante, siempre que se exija al acreedor que inscriba su garantía real en un registro público fidedigno y de fácil consulta, el comprador podrá protegerse verificando en él si los bienes que adquiere están sujetos o no a una garantía real; en caso afirmativo, el comprador podrá pedir al acreedor garantizado que levante ese gravamen. Cabría examinar si conviene eximir de ese requisito a los bienes de bajo costo, puesto que tal vez no se justifiquen en este caso los gastos que esa verificación entrañaría para el comprador eventual. Cabe argumentar, en sentido contrario, que el acreedor garantizado quizá no trate de ejecutar su garantía sobre el

bien en poder del comprador si el bien carece efectivamente de valor. Además, la determinación de los bienes que merecen ser eximidos por su bajo costo desembocaría en categorizaciones arbitrarias que tendrían que modificarse constantemente para adecuarlas a las fluctuaciones de precios debidas a la inflación y a otros factores. Por consiguiente, lo más conveniente sería no prever tal exención.

40. En algunos países en que la búsqueda en un registro público se hace sólo por el nombre del otorgante y no por la categoría de los bienes gravados, un comprador que adquiera los bienes de un vendedor que los haya comprado al otorgante ("comprador ulterior") obtendrá los bienes libres de toda garantía real constituida por ese otorgante. Este criterio se aplica porque puede ser sumamente difícil para un comprador ulterior averiguar la existencia de una garantía real que haya otorgado un antiguo propietario de los bienes gravados. En muchos casos, el comprador ulterior ni siquiera se enterará de que los bienes han pertenecido a otro propietario y, por consiguiente, no tendrá motivo alguno para buscar información al respecto

41. Un posible inconveniente de aplicar el criterio del giro normal de un negocio es que tal vez un comprador no siempre distinga con claridad (en particular en el comercio internacional) qué actividades forman o no parte del giro normal del negocio del vendedor. Otro posible inconveniente sería que, si esta norma se aplicara sólo a las ventas de bienes inventariados y no de otros bienes, el comprador tal vez no sabría con certeza si lo que adquiere son, a juicio del vendedor, bienes inventariados. Por otro lado, cabe observar que en una relación normal entre comprador y vendedor, es muy probable que el comprador sepa el tipo de negocio que realiza el vendedor. Además, este criterio responde con eficacia a una necesidad de práctica sin socavar los créditos garantizados ni crear complicaciones innecesarias. Además, estos posibles inconvenientes no se plantearían en el comercio al por menor (en el que se supone que la venta ha de formar parte del giro normal del negocio del vendedor y el comprador no está obligado a consultar el registro), en tanto que en otras situaciones, el comprador podría proteger sus intereses negociando con el vendedor (y con sus acreedores garantizados) a fin de obtener los bienes exentos de toda garantía real.

ii. Concepto de la buena fe

42. Otra forma de compaginar distintos intereses en algunos ordenamientos es disponer que el comprador de bienes obtenga los bienes exentos de toda garantía real si los adquiere "de buena fe"(o sea, sin ningún conocimiento real o inferido de la existencia de la garantía real). Un argumento a favor de la aplicación de este criterio es que el concepto de "buena fe" se conoce en todos los ordenamientos y que se ha aplicado extensamente tanto a nivel nacional como internacional. Se ha aducido también que debe presumirse que todo comprador actúa de buena fe a menos que se demuestre lo contrario

43. Existen varios criterios posibles en los que se combinan los criterios de "buena fe" y de "giro normal del negocio". Por ejemplo, puede disponerse que la prueba del "giro normal del negocio" se utilice como criterio principal y el de la "buena fe" se aplique en operaciones en que intervengan "compradores ulteriores" (véase el párrafo 40). En este supuesto, el comprador ulterior se llevaría los bienes exentos de las garantías reales que haya constituido la parte de la que el vendedor directo hubiera adquirido los bienes, salvo que el comprador ulterior tuviera conocimiento real o inferido de la existencia de las garantías reales. Aun cuando la aplicación de

este criterio diera pie a abusos, ya que el otorgante podría frustrar los derechos del acreedor garantizado vendiendo un bien gravado al margen del giro ordinario de su negocio a una parte que a su vez lo vendiera en el giro ordinario de su negocio, existen razones de fondo para proteger al comprador ulterior. Una forma de proteger a los acreedores garantizados en estas circunstancias sería hacer responsable al otorgante desleal de los daños causados al acreedor garantizado.

e. Acreedores judiciales

44. En muchos ordenamientos se otorga una garantía real a ciertas categorías de acreedores que se consideran merecedores de la misma. Por ejemplo, en muchos de ellos se otorga el equivalente de una garantía real sobre los bienes a los acreedores ordinarios no garantizados en general, una vez que han presentado su demanda de reconocimiento ante los tribunales y han realizado un acto determinado prescrito por la ley (como obtener el embargo de determinados bienes o inscribir la notificación de la sentencia en el registro de garantías).

45. Los acreedores judiciales gozan de prelación frente a otros acreedores no garantizados en reconocimiento de las acciones legales que han emprendido para ejecutar sus garantías. Ello no va en detrimento de otros acreedores no garantizados en general, ya que a éstos les asiste también el derecho a recurrir a los tribunales con el mismo fin. Para evitar que los acreedores judiciales tengan facultades excesivas en los ordenamientos que permiten a un único acreedor entablar un procedimiento de insolvencia, en los regímenes de la insolvencia se dispone que el representante de la insolvencia podrá invalidar los derechos de garantía creados por sentencias judiciales que se dicten dentro de un plazo determinado anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia.

46. Cuando se otorga a un acreedor judicial el equivalente de una garantía real, a un acreedor existente que goce de una garantía real contractual anterior constituida sobre determinados bienes le convendrá que esa garantía conserve su prelación sobre la garantía real creada por vía judicial, en particular si se trata de bienes cuyo valor de garantía motivó su decisión de otorgar crédito. Al acreedor judicial, por su parte, le interesa obtener prelación sobre bienes que tengan valor suficiente para reembolsar su crédito.

47. Muchos ordenamientos cuyo orden de prelación se basa en la fecha de inscripción determinan la prelación en este supuesto por la prioridad temporal de la garantía real, o sea, que una garantía real contractual que se haya inscrito antes tendrá prelación sobre toda garantía real sobre los mismos bienes que nazca posteriormente por mandato judicial. De forma inversa, si se constituye una garantía real contractual sobre los bienes después de que un acreedor haya obtenido algún tipo de garantía real por mandato judicial, la prelación de la primera garantía quedará subordinada a la de la segunda. Los acreedores aceptan en general la aplicación de este criterio, siempre que se dé a conocer oportunamente la garantía real creada por un tribunal, a fin de que esa información sea utilizable al decidir si otorgarán o no crédito (véase el párrafo 48).

48. En general se hace una excepción a esta regla cuando se trata de futuros anticipos (el tema se examina con detenimiento en la sección A.4.a. *infra*). Si bien una garantía real que se ha inscrito antes suele gozar de prelación sobre una garantía real impuesta por mandato judicial respecto de un crédito que se otorga antes de la

fecha en que surta efecto ese mandato, generalmente no tendrá prelación sobre ésta respecto de todo crédito otorgado después de dicha fecha (salvo que el crédito esté ya comprometido antes de la fecha en que surta efecto el mandato). Así, en el ejemplo 2 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 23), el prestamista B otorga crédito periódicamente a Agrico, que lo garantiza con sus existencias y créditos por cobrar. Si un acreedor no garantizado demanda a Agrico y obtiene un mandato por el que se constituye una garantía real sobre las existencias de Agrico a favor de dicho acreedor, la garantía real sobre las existencias de Agrico del prestamista B tendría prelación sobre la garantía real nacida de dicho mandato respecto de todo crédito que el prestamista B haya otorgado antes de la fecha en que surta efecto el mandato, así como todo préstamo que le haya otorgado durante un cierto plazo ulterior a dicha fecha. Ahora bien, la garantía real de origen judicial tendría prelación sobre todo otro crédito que otorgue el prestamista B después del plazo establecido (siempre y cuando éste no haya comprometido ese crédito antes de la fecha en que surta efecto el mandato).

49. A fin de proteger a todo acreedor garantizado existente contra el riesgo de seguir otorgando anticipos en función del valor de unos bienes que hayan quedado sujetos a una garantía real constituida por vía judicial, tal vez proceda instituir algún tipo de mecanismo que permita ponerlos sobre aviso de esa situación. La obligación de inscribir las garantías reales en un registro cumple esa función en muchos ordenamientos que disponen de esta institución. Cuando no exista un registro o no esté prevista la inscripción registral de las garantías reales constituidas por vía judicial, tal vez sea necesario exigir del acreedor garantizado por vía judicial que dé aviso oportuno a todo acreedor garantizado existente. Cabría disponer, además, que éste seguirá gozando de prelación (durante un cierto plazo, quizá de 45 a 60 días) tras la inscripción de la garantía real constituida por vía judicial (o tras la notificación dada al acreedor), a fin de que pueda adoptar las medidas que procedan para proteger su garantía. Cuanto menos margen se dé a un acreedor garantizado existente para responder adecuadamente a la imposición de garantías reales por vía judicial y cuanto menor publicidad se dé a esas garantías, tanto más dificultará, el riesgo de su existencia, la oferta de crédito para el desembolso de futuros anticipos.

f. Acreedores legales (privilegiados)

50. Con el fin de lograr objetivos de interés social o público (por ejemplo, proteger ingresos fiscales o sueldos y salarios), en muchos derechos internos se da prelación a determinados créditos no garantizados (no sólo en el marco de un procedimiento de insolvencia) sobre otros créditos del mismo tipo y, en algunos casos, sobre créditos con garantía (incluso de créditos garantizados que se han inscrito antes en un registro). Por ejemplo, es frecuente que, para proteger los intereses de entidades públicas y de los empleados, los créditos por deudas fiscales y por sueldos o salarios adeudados gocen de prelación, en algunos ordenamientos, sobre las garantías reales ya existentes. Como los objetivos sociales o de interés público difieren de un país a otro, también varían los créditos privilegiados y la prelación de que gozan.

51. La razón aducida a favor de estos créditos privilegiados es la de que están al servicio de un objetivo social; su inconveniente radica en que puedan llegar a multiplicarse hasta tal punto que la situación se torne imprevisible para los acreedores, existentes y eventuales, lo cual desalentaría la oferta de crédito

garantizado a un precio asequible. Además, aun cuando un acreedor, existente o posible, pueda determinar con certeza los créditos privilegiados, la existencia de éstos (ya sea en el marco de un procedimiento de insolvencia o al margen de toda insolvencia) socavará de otra forma la oferta de crédito garantizado a un precio asequible: el acreedor tenderá con frecuencia a trasladar la carga económica de esos créditos al otorgante ora aumentado el tipo de interés, ora deduciendo del préstamo disponible el importe estimado de los créditos privilegiados.

52. A fin de no desalentar la concesión de crédito garantizado, cuya oferta asequible también constituye un objetivo social, habrá que sopesar detenidamente los distintos objetivos sociales al decidir si se otorgará o no un crédito privilegiado. Ese privilegio debe limitarse en lo posible y otorgarse sólo cuando sea el único medio de salvaguardar el objetivo social subyacente y en la medida en que su incidencia en la oferta de crédito a un precio asequible no sea netamente perjudicial. Por ejemplo, en algunos ordenamientos los ingresos fiscales se protegen dando incentivos a los directores para resolver con rapidez los problemas financieros de sus empresas so pena de incurrir en responsabilidad civil privada y los sueldos y salarios se salvaguardan mediante un fondo público.

53. Si se opta por instituir los créditos privilegiados, la ley que los rija ha de ser lo bastante clara como para permitir al acreedor calcular su importe posible y su incidencia a fin de protegerse. En algunos ordenamientos se ha logrado claridad y transparencia enumerando los créditos privilegiados en una ley o en un anexo de la ley; en otros, exigiendo que los créditos privilegiados se inscriban en un registro público y otorgándoles prelación sólo sobre las garantías reales que se inscriban ulteriormente. En esos ordenamientos tienen prelación las garantías reales que se hayan inscrito con anterioridad a la inscripción de los créditos privilegiados, o posteriormente en un plazo establecido de, por ejemplo, 45 a 60 días, si las garantías reales existentes respaldan la concesión de futuros anticipos. Sin embargo, uno de los problemas de exigir la inscripción registral de algunos créditos privilegiados que nazcan inmediatamente antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia radica en que puede ser difícil calcular su importe o inscribirlos a tiempo.

g. Acreedores que almacenan bienes gravados o les añaden valor

54. Algunos ordenamientos conceden una garantía real sobre los bienes gravados a los acreedores que los mejoran o reparan, por ejemplo, a los reparadores de equipo, y esas garantías generalmente gozan de prelación sobre otros créditos garantizados por esos mismos bienes. La doble ventaja de esta prelación es que induce a los acreedores que añaden valor a seguir haciéndolo y que facilita el mantenimiento de los bienes gravados. Con tal de que el importe de la garantía real sea justo reflejo de la cuantía por la que se han apreciado los bienes gravados, los acreedores garantizados existentes no deberían tener motivo para objetar nada a esa garantía real ni a la prelación superior de la que gozan.

55. Algunos ordenamientos también prevén que se constituyan garantías reales sobre los bienes gravados a favor de ciertos acreedores, como los depositarios y los titulares de almacenes, que guardan esos bienes o arriendan al otorgante el lugar en que los almacenan, en respaldo de sus obligaciones de almacenamiento o de alquiler de espacio, y generalmente prevén que esas garantías gozarán de prelación sobre otros créditos garantizados por esos mismos bienes.

56. Muchos ordenamientos no requieren la inscripción de las garantías reales descritas en los dos párrafos anteriores, de modo que su existencia saldrá a la luz únicamente si un posible acreedor procede con la diligencia debida. Ello explica que a menudo se las denomine "secretas". Si bien las garantías reales secretas tienen la ventaja de proteger los derechos de las partes a las que se conceden sin que éstas tengan que costear los gastos de inscripción, esas garantías suponen un notable riesgo para la oferta de crédito garantizado, habida cuenta de que disminuyen la capacidad de los acreedores para determinar la cuantía o importancia de las garantías reales concurrentes. Como se señaló en el capítulo V (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, párrs. …), cabría exigir que se inscribieran esas garantías reales en el registro correspondiente.

57. Si el legislador da prelación a las garantías reales de esos proveedores de servicios, se plantea la cuestión de si cabría restringir su importe y reconocerlas como créditos privilegiados si reúnen ciertas condiciones. Una posibilidad consiste en limitar el importe de esas garantías a favor de los proveedores de servicios (por ejemplo, un mes de alquiler en el caso de depositarios) y reconocer su prelación sobre garantías reales anteriores sólo cuando el valor añadido beneficie directamente al titular de estas últimas garantías. Otra solución sería evitar introducir tales limitaciones, ya que al hacerlo se coartaría injustamente la oferta de crédito a esos proveedores de servicios. Además, tal vez sea innecesario introducir esas limitaciones, habida cuenta de que los acreedores garantizados pueden protegerse de las garantías en respaldo de la prestación de servicios de diversas maneras, por ejemplo, restringiendo contractualmente el número de contratos de prestación de servicios que podrá concertar el otorgante de sus garantías reales o reservando una porción suficiente del crédito otorgado para pagar al proveedor de servicios en caso de que el otorgante incumpla su obligación.

h. Representante de la insolvencia

58. Es particularmente importante que un acreedor garantizado pueda determinar de qué prelación gozará en el supuesto de que el otorgante se declare o sea declarado insolvente, puesto que lo más probable es que la masa de la insolvencia no alcance para pagar a todos los acreedores y que los bienes gravados sean la fuente principal o única de reembolso del préstamo del acreedor garantizado. A ello obedece que, al evaluar si otorgarán crédito y la prelación de su garantía, los acreedores garantizados por lo general presten atención a la prelación de que gozará su garantía real, caso de abrirse un procedimiento de insolvencia del otorgante. Por consiguiente, es esencial que no se reduzca ni menoscabe la prelación de una garantía real debidamente constituida, caso de abrirse un procedimiento de insolvencia del otorgante; sobre este punto habrá que hacer particular hincapié al elaborar un régimen eficaz aplicable a las operaciones garantizadas. Si en ese régimen y en el régimen de la insolvencia no se resuelve ese punto con claridad, se minará gravemente la disposición de los acreedores a otorgar crédito garantizado.

59. A fin de recompensar cabalmente la labor de los representantes en los procedimientos de insolvencia, generalmente se les otorga un crédito privilegiado con la más alta prelación sobre la masa de la insolvencia. En el capítulo IX se examinan detenidamente esos créditos y la facultad del representante de la insolvencia para impugnar la validez de garantías reales en diversas circunstancias (A/AC.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párrs. ...).

4. Prelación respecto de futuros anticipos y bienes adquiridos ulteriormente

a. Futuros anticipos

60. A fin de determinar el importe del crédito que otorgará y las condiciones correspondientes, un acreedor garantizado ha de poder discernir, en el momento de concertar la operación garantizada, la porción exacta de su crédito que gozará de prelación. En algunos ordenamientos se limita esa prelación a la cuantía de la deuda existente en el momento de constituirse la garantía real. En otros se exige que el importe máximo del crédito que gozará de prelación sea de conocimiento público. En algunos otros ordenamientos se da prelación a todos los créditos otorgados, incluso a los que se concedan después de la constitución de la garantía real.

61. La ventaja de limitar la prelación al importe de la deuda que existía al principio, en el momento de constituirse la garantía real, radica en que la prelación puede recaer (aunque no necesariamente) sobre la cuantía que las partes habían previsto en dicho momento y en que sólo se ampara esa prelación frente a los acreedores que existían a la sazón. El inconveniente de aplicar este criterio es que obliga a extremar la diligencia debida (por ejemplo, la verificación de nuevas inscripciones) y a negociar otros acuerdos e inscripciones para los anticipos que se concedan ulteriormente. Esto es particularmente problemático si se piensa que una de las técnicas más eficaces para facilitar financiación garantizada, y la que mejor responde a las necesidades crediticias del otorgante, es la línea de crédito renovable o rotatorio (véanse el ejemplo 2 en A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 21a 23, y A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párr. 9). Por consiguiente, cabría conceder a los futuros anticipos la misma prelación de que gozan los anticipos otorgados en el momento en que se constituyó la garantía real inicial. Cuando se trata de préstamos otorgados en el marco de contratos con entregas sucesivas de bienes o servicios, debe considerarse que la totalidad del crédito nace en el momento de la firma del contrato y no en cada entrega sucesiva de los bienes o servicios.

62. A fin de evitar que todos los bienes del otorgante queden gravados en provecho de un único acreedor, práctica que disminuiría el interés de los acreedores ulteriores en facilitar financiación al otorgante, en muchos ordenamientos se requiere que en la inscripción registral de toda garantía real de una deuda se fije el importe máximo por ella garantizado y se limita la prelación otorgada a dicho importe (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, párrs. …). Se aduce a veces que el acto de dar a conocer el importe máximo infringe el principio de confidencialidad. En rigor, el argumento contrario es que el importe máximo que se fija en la inscripción registral no corresponde forzosamente al importe real de la obligación garantizada, sino sólo al importe máximo que se podrá recuperar si se ejecuta la garantía real.

b. Bienes adquiridos ulteriormente

63. Como se examina detenidamente en el capítulo IV (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párrs. 19 a 23), en algunos ordenamientos se permite constituir una garantía real sobre los bienes que vaya a adquirir un otorgante. La garantía real nacerá en el instante en que el otorgante adquiera dichos bienes, obviando así la necesidad de tener que repetir los trámites cada vez que adquiera un nuevo bien. Gracias a ello se reducen al mínimo los gastos de constitución de una garantía real y se responde a las expectativas comerciales de las partes. Esto es particularmente importante cuando se adquieren bienes destinados a constituir existencias (que se

revenderán), nacen créditos por cobrar (que se irán cobrando y seguirán naciendo constantemente) (véase el ejemplo 2 en A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 21 a 23), y se utiliza equipo (que se irá renovando en el giro normal del negocio del otorgante).

64. La constitución de garantías reales sobre bienes adquiridos ulteriormente plantea la cuestión de si la prelación sobre ellos surte efecto a partir de la fecha en que se crea la garantía o de la fecha en que el otorgante adquiere los bienes. En los distintos ordenamientos jurídicos se resuelve esta cuestión de diversas maneras. En algunos, la fecha en que surte efecto la prelación varía en función de la categoría de acreedor que aspira a ella (se tendrá en cuenta la fecha de concesión de la garantía frente a los demás acreedores con garantías reales contractuales y la fecha de adquisición del bien constituido en garantía frente a todos los demás acreedores). Se acepta en general que establecer la prelación a partir de la fecha de concesión de la garantía en vez de la fecha de adquisición del bien gravado es el mecanismo más eficaz y efectivo para promover la oferta de crédito garantizado a precio asequible (véase, por ejemplo, el párrafo 2) del artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional).

5. Prelación en cuanto al producto

65. Si el acreedor goza de una garantía real sobre el producto y los frutos civiles del bien inicialmente gravado, habrá que dirimir el fundamento y la prelación de esa garantía frente a los demás acreedores concurrentes. Entre los acreedores dotados de una garantía real sobre el producto puede figurar todo acreedor del otorgante que obtenga una garantía real sobre el producto a raíz de una resolución judicial cautelar o ejecutoria y todo otro acreedor que goce por algún otro motivo de una garantía real sobre el producto derivado de los bienes inicialmente gravados, además de los ya enumerados más arriba (véase lo que se entiende por producto en A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párrs. 36 a 40).

66. Un acreedor garantizado puede gozar de una garantía real sobre el producto derivado del bien inicialmente gravado o del producto de bienes adquiridos ulteriormente. Supóngase, por ejemplo, que el acreedor A tiene una garantía real sobre todas las existencias del otorgante y el acreedor B tiene una garantía real sobre todos los créditos por cobrar del otorgante (incluidos los créditos futuros). Supóngase además que el otorgante vende posteriormente a crédito las existencias constituidas en garantía a favor del acreedor A. Ambos acreedores tienen una garantía real sobre los créditos por cobrar generados por la venta. El acreedor B tiene una garantía real sobre los créditos por cobrar como parte de los bienes inicialmente gravados y el acreedor A tiene una garantía real sobre los créditos por cobrar como parte del producto de las existencias gravadas.

67. En todo régimen global de las garantías reales deben resolverse diversas cuestiones relativas a los derechos concurrentes de los acreedores garantizados anteriormente mencionados. La primera es la de si el derecho del acreedor A sobre el producto derivado de las existencias inicialmente gravadas surtirá efecto no sólo frente al otorgante, sino también frente a los demás acreedores concurrentes. La solución debe ser afirmativa, en la mayoría de las circunstancias; de lo contrario, el valor económico de los bienes inicialmente gravados (o sea, las existencias) sería ilusorio en gran parte. Las garantías reales sólo son fuente de seguridad económica (y por ende favorecen el acceso al crédito a un precio más asequible) si el acreedor

garantizado queda facultado para destinar el valor económico de los bienes gravados al reembolso de su crédito, con anterioridad al reembolso de los créditos de los acreedores concurrentes.

68. No obstante, debe reconocerse que la constitución de una garantía real sobre el producto suscita mucha preocupación por el riesgo que puede entrañar para terceros. En particular, tal vez se dé a entender que, si se ha de dar publicidad a las garantías reales constituidas sobre determinados bienes a fin de que surtan efecto frente a terceros, sería apropiado imponer un requisito análogo para toda garantía real constituida sobre el producto.

69. Por consiguiente, en todo régimen jurídico debe dilucidarse cuándo bastará la publicidad dada a la garantía real sobre el bien inicialmente gravado para dar a conocer la garantía real del acreedor sobre el producto. De exigirse que se dé publicidad por otro medio (por ejemplo, mediante notificación de la existencia de un deudor de una cuenta en vez de la inscripción registral) para esta última garantía, cabría que en el régimen jurídico se señalara un plazo, tras la operación que haya generado el producto, durante el cual el acreedor podrá cumplir ese requisito de publicidad sin perder su garantía real sobre el producto.

70. Si bien es muy importante determinar si se exigirá o no un nuevo acto de publicidad para que la garantía del acreedor sobre el producto surta efecto frente a terceros, ello no bastará para determinar el orden de prelación entre las garantías sobre el producto de los acreedores garantizados y de otros acreedores. Se necesitará, en particular, un régimen de prelación que determine la prelación relativa de que gozará la garantía real del acreedor garantizado inicial.

71. El orden de prelación puede diferir en función de la categoría del acreedor concurrente. Por ejemplo, si se trata de otro acreedor garantizado, la eficacia de cuya garantía dependa también de la publicidad, el orden de prelación de las garantías reales de esos dos acreedores garantizados tal vez dependa de la índole y la fecha de la publicidad. La prelación podrá depender de otros factores cuando el acreedor concurrente goce de una garantía otorgada por vía judicial o si es un administrador de la insolvencia.

72. En muchos casos en que se ha de competir con otro acreedor garantizado, el orden de prelación de las garantías reales sobre el producto de los bienes inicialmente gravados tal vez sea deducible del orden de prelación aplicable al bien inicialmente gravado y de los principios por los que se rija ese orden. Por ejemplo, en un ordenamiento en el que la primera garantía real sobre determinado bien, a la que sea dada la publicidad requerida, goce de prelación frente a toda garantía concurrente, ese mismo orden de prelación sería aplicable cuando se transfiera el bien inicialmente gravado y el acreedor garantizado trate de hacer valer su derecho sobre el producto. Si la garantía real sobre el bien inicialmente gravado obtuvo la publicidad requerida antes de que la garantía del acreedor concurrente la haya adquirido sobre el producto, la primera de esas dos garantías gozaría de prelación.

73. En supuestos en los que la fecha de publicidad no determine el orden de prelación de las garantías concurrentes sobre el bien inicialmente gravado (como ocurriría, por ejemplo, con las garantías reales constituidas en respaldo del precio de compra de dicho bien que gozan de una prelación superior), habrá que determinar por separado la prelación aplicable al producto de tal bien.

6. Modificación voluntaria de la prelación: acuerdos de subordinación

74. En numerosos ordenamientos jurídicos, el orden de prelación puede modificarse, y se modifica de hecho con frecuencia, por decisión unilateral de un acreedor garantizado o mediante contratos con otros acreedores garantizados. Por ejemplo, un prestamista con una garantía real sobre todos los bienes actuales y ulteriormente adquiridos del otorgante puede acceder a que éste constituya una garantía real sobre determinado bien, dotada de prelación suprema respecto de dicho bien, con el propósito de aprovechar su valor para obtener financiación adicional de otra fuente financiera. Cabe diferenciar esos arreglos de los acuerdos de subordinación entre acreedores no garantizados que renuncian al principio de la igualdad de trato de sus créditos no respaldados por una garantía. El reconocimiento de la validez del derecho de una parte a renunciar a la prelación de sus garantías reales de forma unilateral o por vía de contratos privados es un principio bien arraigado (véase, por ejemplo, el artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional).

75. Los acuerdos que alteran el orden de prelación son perfectamente aceptables, siempre que afecten únicamente a las partes que consientan efectivamente en la modificación. Un acuerdo de subordinación no deberá afectar a los derechos de acreedores que no sean partes en él. Además, es importante que la prelación concedida por vía de un acuerdo de subordinación siga siendo aplicable en el supuesto de que se abra un procedimiento de insolvencia del otorgante y esa posibilidad ha de preverse en los regímenes de la insolvencia. En rigor, puede que en algunos ordenamientos sea necesario incluir una disposición al respecto en el régimen de la insolvencia con objeto de facultar a los tribunales para ordenar la ejecución de un acuerdo de subordinación y a los representantes de la insolvencia para resolver conflictos de prelación entre partes en un acuerdo de subordinación sin incurrir en responsabilidad (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párrs. …).

7. Importancia de la prelación anterior a la ejecución

76. Otro aspecto importante es si la prelación sólo reviste importancia después de que el otorgante incumpla su obligación subyacente o si también la tiene antes del incumplimiento. En muchos ordenamientos se aplica el primer criterio, en virtud del cual se permite al titular de una garantía real contractual con prelación subordinada cobrar la cuota periódica de amortización de su crédito, aun cuando no se haya abonado íntegramente el crédito garantizado que goce de prelación superior, salvo acuerdo en contrario entre el acreedor con prelación subordinada y el acreedor con prelación superior. El fundamento de este criterio es que, salvo acuerdo en contrario y antes de incurrir en incumplimiento, un otorgante ha de poder disponer de sus bienes y utilizar el producto de la venta para saldar sus obligaciones a medida que venzan, independientemente de la prelación que corresponda a las garantías reales sobre esos bienes. Si se exige al acreedor con prelación subordinada que remita las sumas sin que exista un acuerdo expreso, este requisito tal vez le prive de toda motivación para conceder financiación.

77. Ese resultado tal vez sea distinto si el acreedor con prelación subordinada ha cobrado el producto de todo acto de venta u otra forma de disposición del bien gravado. En tal supuesto, en algunos ordenamientos se exigirá que el acreedor con prelación subordinada remita el producto así cobrado al acreedor con el mayor grado de prelación si cobró el producto a sabiendas de que el otorgante estaba

obligado a enviarlo a ese acreedor. El fundamento de esta regla es análogo al que se analiza en la sección A.3.d. *supra*, en relación con los compradores de bienes gravados.

B. Resumen y recomendaciones

78. El concepto de prelación es un componente esencial de todo régimen de préstamos garantizados encaminado a promover la oferta de crédito a un precio asequible. La disponibilidad de fondos depende de que los acreedores puedan determinar con la certeza debida, antes de otorgar crédito, la prelación de que gozará su garantía en el supuesto de que traten de hacerla efectiva. Dado que la apertura de un procedimiento de insolvencia del otorgante puede dar lugar a una liquidación de su patrimonio, es esencial que la prelación de que goza un acreedor garantizado subsista sin menoscabo durante ese procedimiento (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. …).

79. Por consiguiente, es importante que en los regímenes que regulan las operaciones garantizadas se enuncien reglas de prelación claras y viables, en que se establezca cómo resolver las situaciones que puedan plantearse. Esas reglas deben permitir que todos los acreedores, inclusive los que carecen de garantía, conozcan su orden relativo antes de otorgar crédito y actúen en consecuencia para proteger sus derechos. Tal vez las particularidades de las reglas en sí sean tan importantes para ellos como el hecho de que se enuncie con claridad el orden de prelación, se permita prever los resultados y se establezcan mecanismos eficaces para determinar en el momento de otorgar crédito la prelación de que se gozará.

80. La forma más eficaz de lograrlo es crear un sistema de inscripción pública y conceder prelación al primer acreedor que inscriba su garantía real. Además, si es fidedigno y de fácil consulta, ese sistema servirá para alertar a los acreedores sobre la existencia de garantías reales concurrentes (véanse los párrafos 7 a 9).

81. Un rasgo esencial de un régimen eficaz de las operaciones garantizadas es que los créditos garantizados, cuando se hayan obtenido debidamente, tengan prelación sobre los créditos no garantizados en general.

82. Si las garantías reales con desplazamiento han de seguir formando parte de un régimen de las operaciones garantizadas, es menester que se las tenga en cuenta al formular el orden de prelación. Tal vez proceda disponer, por ejemplo, que la prelación de una garantía real quedará determinada por la fecha en que el acreedor obtenga la posesión o el control de dicha garantía o en la fecha en que la inscriba en un registro, según cuál de esos actos tenga lugar antes. En tales situaciones, también cabe prever que el acreedor garantizado que haya escogido un método determinado para establecer inicialmente su orden de prelación pueda optar por otro sin que el cambio de método suponga la pérdida del orden de prelación inicial que le corresponde en relación con el bien gravado, siempre que los actos de posesión, control o inscripción se sucedan sin solución de continuidad, de modo que la garantía real quede sujeta en todo momento a uno u otro método de perfeccionamiento. Además, cuando se trate de ciertas categorías de bienes, tal vez proceda disponer que una garantía real que se perfeccione por posesión o control tendrá prelación sobre otra que sólo se perfeccione por inscripción registral, aun cuando este último acto tenga lugar antes (véanse los párrafos 12 a 14).

83. Cabría hacer excepciones a la regla de la fecha de inscripción sólo si no se dispone de otro medio para lograr el objetivo que se desee impulsar con la excepción y si la importancia de ese objetivo justifica la incidencia negativa que tendrá esa excepción en la oferta de crédito a un precio asequible. Ha de enunciarse claramente toda excepción prevista, de modo que los acreedores puedan determinar la probabilidad de que existan créditos privilegiados o preferentes y dispongan lo que sea necesario para protegerse frente a esos créditos. A fin de alertar de forma eficaz a los acreedores sobre la existencia de derechos concurrentes, cabe considerar la posibilidad de exigir que se inscriban en un registro público todas las garantías reales, incluidos los créditos privilegiados o preferentes (véanse los párrafos 50 a 53). Algunas de las excepciones al orden de prelación basado en la fecha de inscripción que habrá que analizar al formular un régimen aplicable a las operaciones garantizadas se refieren a las garantías de financiación del precio de compra y a los acreedores que añadan valor al bien gravado (como los reparadores de equipo; véanse los párrafos 54 a 57).

84. Habida cuenta de la eficacia de la financiación del precio de compra como mecanismo para dotar a las empresas del capital necesario para adquirir determinadas mercancías, un régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe disponer que todo titular de una garantía constituida para financiar una compra tenga prelación frente a otros acreedores (incluidos los acreedores que hayan inscrito antes sus garantías reales) con respecto a los bienes que se hayan adquirido gracias a esa financiación. En cuanto a las operaciones relacionadas con existencias inventariadas, debe preverse, además de la inscripción registral, que se remita a los demás acreedores conocidos la debida notificación de la existencia de una garantía real constituida para financiar una compra. Además de beneficiar a los vendedores, esta prelación superior debe corresponder a los bancos y a otras instituciones de crédito que financian la adquisición de bienes (véanse los párrafos 21 a 29).

85. En un régimen eficaz de las operaciones garantizadas deben compaginarse apropiadamente los derechos de los compradores de mercancías con los de los acreedores titulares de garantías reales sobre esas mercancías. Para velar por ese equilibrio en el trato, cabría disponer que los compradores de existencias inventariadas vendidas en el giro normal del negocio del otorgante han de recibirlas exentas de toda garantía real con que el vendedor las haya gravado y que al acreedor garantizado se le conceda una garantía real sobre el producto de la venta (véanse los párrafos 34 a 43).

86. Conceder prelación respecto de futuros anticipos o de bienes adquiridos ulteriormente probablemente aliente la práctica de otorgar a las empresas créditos de índole rotatorio o renovable. Cuanto más simple sea el procedimiento que haya de seguir un acreedor para determinar el orden de prelación respecto de futuros anticipos o de bienes adquiridos ulteriormente, tanto mayor será la oferta de créditos financieros de esta índole (véanse los párrafos 60 a 63).

87. A fin de no dificultar la concesión de los créditos de tipo rotatorio o renovable, como se indicó anteriormente (véanse los párrafos 47 y 60), o de todo otro tipo de crédito análogo, no conviene limitar el importe de los futuros anticipos al que se asignará prelación.

88. Al menos en ciertos supuestos, el derecho del acreedor garantizado sobre el producto del bien constituido en garantía debe surtir efecto no sólo frente al

otorgante, sino también frente a todo acreedor concurrente. Todo régimen de las operaciones garantizadas debe estatuir cuándo cierto acto bastará para dar publicidad a una garantía real del acreedor sobre el producto y cuándo se requerirá un nuevo acto de publicidad. Todo régimen debe además enunciar el orden de prelación de las garantías respecto del producto, que tal vez difiera en función de la categoría del acreedor concurrente (véanse los párrafos 65 a 73).

89. Independientemente de cuál sea el orden de prelación previsto por un régimen de las operaciones garantizadas, debe facultarse a los acreedores para que lo modifiquen por vía contractual a fin de estructurar los acuerdos financieros que mejor respondan a las necesidades del otorgante. Esos acuerdos deben surtir efecto entre las partes que los concierten en caso de abrirse un procedimiento de insolvencia del otorgante. Sin embargo, tales acuerdos deben dejar a salvo los derechos de toda persona que no sea parte en ellos (véanse los párrafos 74 y 75).

90. Por último, en todo régimen de las operaciones garantizadas habrán de determinarse las circunstancias en que el titular de una garantía real constituida sobre determinado bien que goce de prelación subordinada no podrá obrar, antes del incumplimiento o la ejecución, en menoscabo de los derechos de todo titular de una garantía real sobre ese mismo bien que goce de un mayor grado de prelación. No podrá, por ejemplo, retener el producto de la venta u otro acto de disposición de dicho bien a sabiendas de que el otorgante está contractualmente obligado a remitir ese producto al acreedor cuya garantía real goce de un mayor grado de prelación. (véanse los párrafos 76 y 77).

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4

Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su cuarto período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas Informe del Secretario General

ADICIÓN

Índice

	Párrafos
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-60
VII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento	1-60
A. Observaciones generales	1-45
1. Introducción	1-6
2. Autonomía contractual	7-10
a. Principio de la autonomía contractual	7
b. Limitaciones	8-10
3. Reglas de derecho supletorio	11-45
a. Significado	11-12
b. Objetivos del legislador	13-14
c. Tipos de reglas supletorias	15-45
B. Resumen y recomendaciones	46-60

VII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Los requisitos para un acuerdo constitutivo de garantía real válido y judicialmente ejecutorio pueden ser mínimos y fáciles de cumplir (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párrs. ...). Ahora bien, la eficiencia y previsibilidad de las operaciones garantizadas requieren la incorporación al acuerdo de cláusulas o estipulaciones adicionales en que se resuelvan otros aspectos de la operación. Se alienta a las propias partes a que adapten esas cláusulas y estipulaciones a sus propios deseos y necesidades. Ahora bien, para colmar toda laguna contractual que surja por haber omitido las partes alguna estipulación suplementaria, un régimen moderno de las operaciones garantizadas debe contener reglas de derecho supletorio que definan los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo de garantía con anterioridad al incumplimiento de la operación

garantizada. Un ejemplo de disposición de ese tipo sería que se estipulara que los ingresos reportados por los bienes gravados pudieran ser retenidos por el acreedor garantizado para incrementar así el valor del bien gravado o que pudieran utilizarse para pagar la obligación garantizada en caso de incumplimiento.

2. La reglamentación de los derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento en el régimen de las operaciones garantizadas aumentará de distintas maneras los grados de eficacia y previsibilidad. Contribuirá a aclarar la posición respectiva de las partes colmando toda laguna eventual del acuerdo de garantía. Permitir a las partes que definan su relación recurriendo a un conjunto de reglas de derecho supletorio constituye también un principio básico de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas sobre bienes muebles, o representa al menos uno de sus corolarios más importantes (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 28 y 30). A este respecto, la Guía comparte principios que han inspirado recientemente numerosas reformas legales (por ejemplo, los artículos 2736 a 2742 del Código Civil de Quebec y los artículos 9-207 a 9-210 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos), ciertas leyes modelo regionales (por ejemplo, el artículo 15 de la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) y el artículo 33 de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias), así como ciertos instrumentos internacionales relativos a operaciones de compraventa internacional (por ejemplo, el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías) o los relativos a determinados aspectos de las operaciones garantizadas sobre bienes muebles (por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional y el artículo 16 del Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil).

3. Además, al permitir asignar derechos y obligaciones al acreedor garantizado y al otorgante de la forma en que ellos mismos probablemente lo convendrían, un conjunto de reglas supletorias contribuirá a reducir los gastos de las operaciones, ya que las partes no tendrán que negociar ni enunciar nuevas disposiciones que ya están debidamente consignadas en esas reglas. Además, si las reglas supletorias son claras, servirán de orientación a las partes y a los tribunales judiciales o arbitrales, reduciendo la posibilidad de controversias, los gastos ocasionados por ellas y las sentencias incompatibles. Por último, al representar un conjunto de normas a las que las partes no estarán sujetas si no lo desean, las reglas supletorias podrán utilizarse como instrumento de redacción que contenga una lista de cuestiones que las partes deberán examinar en el momento de negociar y concertar un acuerdo constitutivo de garantía real.

4. Además, las reglas supletorias permiten que el principio de la autonomía contractual funcione de forma totalmente beneficiosa para las partes. Ello es particularmente importante en las operaciones a largo plazo o en otras operaciones en que las partes no puedan prever todo o, incluso, en que tengan derecho a aplicar un criterio flexible, habida cuenta de que el requisito de que las partes formalicen toda enmienda o complemento del acuerdo subsiguiente a la concertación ocasionaría considerables gastos de tramitación, que correrían en última instancia por cuenta del otorgante.

5. Se han fijado tres límites al alcance del presente capítulo. En primer lugar, no se ocupará de las condiciones requeridas para que se constituya una garantía real

(por ejemplo, los datos mínimos que han de figurar en el acuerdo), ya que su función es distinta, por lo que esas condiciones son examinadas en el capítulo IV (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párrs. 48 a 60). En segundo lugar, este capítulo no se ocupará de los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía a raíz del incumplimiento, ya que el incumplimiento plantea cuestiones que se rigen por otros principios que se examinarán en el capítulo VIII (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5). Y, en tercer lugar, en este capítulo no se pretende hacer una lista exhaustiva de las cuestiones que las partes tal vez desearán examinar en el momento de iniciar las negociaciones contractuales, sino que se ofrece, por necesidad, sólo una lista indicativa o no exhaustiva de los derechos y obligaciones en que probablemente convendrán las partes que negocien una operación garantizada ordinaria.

6. El examen inicial que se hace a continuación se centra en dos importantes cuestiones de fondo. La primera se refiere al principio de la autonomía contractual y al margen que se ha de dar a las partes para perfilar los términos de su propio acuerdo de garantía (siempre que ese acuerdo cumpla con los requisitos de fondo y de forma para la constitución de una garantía real). La segunda cuestión se refiere a la índole y al número de reglas supletorias que deben enunciarse en una legislación moderna sobre las operaciones garantizadas, a fin de prever el carácter variable y evolutivo de las operaciones garantizadas. Al final de este capítulo se esboza una serie de recomendaciones sobre reglas supletorias recomendadas.

2. Autonomía contractual

a. Principio de la autonomía contractual

7. Con la salvedad del respeto debido a la legislación de protección del consumidor o a consideraciones similares de orden público, el principio de la autonomía contractual debe regir la relación entre las partes en todo acuerdo constitutivo de una garantía real, previo al incumplimiento de la operación garantizada. Si bien la entidad que concede crédito financiero tiene un notable margen de maniobra para determinar el contenido del acuerdo de garantía gracias a la autonomía contractual, ésta también permite ampliar la oferta de crédito financiero a menor costo para el otorgante.

b. Limitaciones

8. El acreedor garantizado y el otorgante deben poder estipular libremente sus mutuos derechos y obligaciones. Con todo, esa libertad se limita a los aspectos contractuales y no ha de extenderse a los efectos del régimen de la propiedad dimanantes del acuerdo de garantía. La autonomía contractual se aplica a las partes en el acuerdo de garantía (o sea, el acreedor garantizado y el otorgante,) y no debe afectar a los derechos ni a las obligaciones de personas que no sean partes en ese acuerdo.

9. Ya que es imposible prever todas las circunstancias en que vaya a necesitarse una garantía real para respaldar el cumplimiento de una obligación, es aconsejable limitar las restricciones que reduzcan la capacidad de las partes para adaptar la operación garantizada a sus propias necesidades y a las circunstancias del caso. Debe imponerse, no obstante, cierto límite a la autonomía contractual a fin de que el acreedor garantizado no abuse de su posición (véase el ejemplo de la constitución de

garantías por valor notablemente superior al de la obligación garantizada en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add. 1, párrs. ...). Esos límites deben asentarse claramente en principios de orden público y, en particular, en el principio de la buena fe y de la equidad comercial.

10. Dentro de esos límites, que cada país determinará a su arbitrio fundándose en sus propios criterios de orden público, las partes deben gozar de la mayor autonomía posible para:

i) convenir en las cláusulas o condiciones de su acuerdo de garantía;

ii) definir la obligación que se ha de garantizar y los hechos que serán constitutivos de su incumplimiento; y

iii) determinar cuáles son las facultades de que dispondrá, en su caso, el otorgante sobre los bienes gravados.

3. Reglas de derecho supletorio

a. Significado

11. Las reglas que figuran en el presente capítulo se aplicarán únicamente si las partes no han convenido otra cosa. Serán de aplicación automática, salvo que se demuestre que las partes obraron con la intención de excluirlas. La terminología utilizada para identificar estas reglas, destinadas a ser aplicables "salvo acuerdo en contrario de las partes", varía de un país a otro (por ejemplo, *jus dispositivum, lois supplétives*, normas supletorias, reglas de derecho supletorio o de derecho no imperativo o facultativo). Cualquiera que sea la terminología que se emplee, debe quedar claro que estas reglas serán aplicables y ejecutables en la medida en que las partes no hayan convenido otra cosa.

12. Las reglas supletorias que se examinan en el presente capítulo prevén únicamente los incidentes más frecuentes o comunes que plantean las operaciones garantizadas, estableciendo al respecto todo derecho u obligación que el legislador pueda suponer razonablemente que las partes hubieran deseado estipular, pese a no haberlo hecho explícitamente en el acuerdo constitutivo de su garantía real.

b. Objetivos del legislador

13. Toda regla supletoria debe basarse en objetivos de orden público, tales como la asignación razonable de la responsabilidad de custodiar o cuidar el bien gravado y preservar su valor previo al incumplimiento. Toda condición o estipulación adicional del acuerdo de constitución de la garantía, por la que se desee amparar a los prestamistas garantizados o al otorgante, deben dejarse a la iniciativa de las partes en el acuerdo. Por ejemplo, las partes podrían desear estipular en su acuerdo la ley que regulará sus mutuos derechos y obligaciones o convenir en que el otorgante depositará en una determinada cuenta de depósito el producto de todo seguro que obtenga por la pérdida del bien gravado. Esos ejemplos ilustran meramente algunos de los muchos incidentes que las partes suelen estipular expresamente en el acuerdo de garantía.

14. Las reglas supletorias deben reflejar las necesidades y prácticas de cada derecho interno. No obstante, es probable que en la mayoría de los países se reconozcan las ventajas de introducir reglas supletorias que incentiven la oferta de

crédito financiero a un precio favorable y estimulen un comportamiento responsable por parte de aquél bajo cuyo control y custodia vaya a quedar el bien gravado. Por ejemplo, la mayor parte de los derechos internos aceptarían una regla supletoria que otorgara al acreedor garantizado el derecho a que se le reembolsaran los gastos justificados que le haya ocasionado la preservación del bien gravado.

c. Tipos de reglas supletorias

15. Se ha de hacer una distinción entre aquellos derechos y obligaciones que son propios del acreedor garantizado que esté en posesión del bien gravado (garantía real con desplazamiento), aquellos que son propios del otorgante en cuyo poder vaya a quedar el bien gravado (derechos de garantía sin desplazamiento) y aquellos que son comunes al titular del derecho real de garantía con desplazamiento y al titular del derecho real de garantía sin desplazamiento de la posesión.

i. Garantía real posesoria o con desplazamiento

16. En el marco de una garantía real con desplazamiento, las reglas supletorias deben servir como mínimo para preservar el valor de los bienes gravados, especialmente si esos bienes son productivos o reportan frutos. Entre esos derechos y deberes de un acreedor garantizado en posesión del bien gravado cabe citar los siguientes:

a) Deber de custodia

17. Puede alentarse un comportamiento responsable por parte del acreedor garantizado en posesión del bien gravado imponiéndole el deber de obrar con el cuidado debido en la custodia de dicho bien. Si bien las partes no podrán excluir el deber de custodia ni eximir al acreedor garantizado de su responsabilidad por incumplimiento, pueden establecer distintos grados y modalidades en que puede ejercerse este deber de custodia. El alcance y las modalidades de este deber varía en función de la naturaleza de los bienes. En el caso de bienes corporales, consistirá en la preservación física de los bienes (en cuanto a los bienes inmateriales, véanse los párrafos 19 y 34).

18. El deber de custodia deberá ejercerse según proceda en las circunstancias de cada caso. En algunos casos, no será razonable esperar que el otorgante supervise el bien gravado y convendrá que el acreedor garantizado en posesión de la garantía real asuma el deber de custodia. En otros casos, bastará con que el acreedor garantizado notifique al otorgante, que tal vez esté en mejores condiciones de adoptar las medidas necesarias para preservar los bienes (aunque no en los locales del otorgante, ya que la devolución de los bienes gravados puede acarrear la extinción de la garantía real). Como es imposible describir con precisión en una regla supletoria las distintas formas que puede tener el deber de custodia en diferentes circunstancias, conviene enunciar la regla supletoria en términos amplios.

b) Deber de adoptar otras medidas para salvaguardar los derechos del otorgante sobre bienes inmateriales

19. Si el bien gravado consiste en un derecho de pago incorporado a un título negociable, el deber de custodia no se limita a la preservación física del documento en que consta tal derecho de pago. Abarcará también la obligación de adoptar las

medidas necesarias para mantener o salvaguardar los derechos del otorgante frente a los derechos de otras partes, vinculadas previamente al título negociable. Así pues, si las partes no convienen otra cosa, esas medidas podrán consistir, por ejemplo, en presentar el título, un protesto, si procede, y la notificación de la desatención. Corresponde asimismo a un acreedor garantizado en posesión de un bien gravado en forma de título negociable salvaguardar los derechos del otorgante adoptando las medidas que correspondan contra personas secundariamente responsables respecto del mismo título (es decir, los garantes).

c) Derecho a hacer uso razonable del bien gravado

20. Debe permitirse que el acreedor garantizado utilice o explote el bien gravado en todo lo que favorezca su preservación y mantenimiento, siempre que ello se haga de manera y en un grado razonable.

d) Deber de preservar el carácter identificable del bien gravado

21. Si los bienes gravados no son fungibles, el acreedor garantizado deberá mantener todo bien corporal en forma identificable y no mezclarlo con otros. Si los bienes gravados son fungibles y se mezclan con otros, el deber del acreedor garantizado de preservar el carácter identificable de esos bienes consistirá en mantener la misma cantidad de bienes de idéntica calidad y valor a los bienes originalmente constituidos en garantía.

e) Deber de permitir que el otorgante inspeccione el bien gravado

22. Otra obligación del acreedor garantizado en cuyo poder obre el bien gravado es permitir que el otorgante inspeccione el bien o los bienes gravados en todo momento oportuno.

f) Derecho a retener todo producto o fruto civil o natural a título de garantía adicional

23. El acreedor garantizado deberá estar facultado para retener, a título de garantía adicional, todo producto monetario o no monetario o "fruto civil" (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párrs. 36 y 37) dimanante de dicho bien, para destinarlo al pago de la obligación garantizada, salvo que las partes convinieran otra cosa en el acuerdo de garantía.

g) Derecho a ceder la obligación garantizada y la garantía real

24. Todo acreedor garantizado debe estar facultado para ceder la obligación garantizada y la garantía real (incluso en los ordenamientos en que se limite contractualmente el derecho a la cesión; véase el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos). En casos excepcionales, podrá asignarse la garantía real independientemente de la obligación que respalda (por ejemplo, cuando se transfiera a una institución financiera la garantía real de una sociedad matriz constituida sobre los bienes de una filial, con el fin de obtener un nuevo préstamo para la filial).

h) Derecho a "subpignorar" el bien gravado

25. En algunos ordenamientos se faculta al acreedor garantizado para constituir una garantía real sobre el bien gravado que obre en su poder a título de garantía de la deuda ("subpignoración del bien gravado"), con tal de que no se ponga en peligro el derecho del otorgante a recuperar su bien una vez que haya cumplido su obligación. En otros ordenamientos no se faculta al acreedor garantizado en posesión de la garantía para subpignorar el bien gravado, aun cuando lo haga de forma que no socave el derecho del otorgante a recuperar su bien una vez que haya cumplido su obligación. No obstante, el derecho del acreedor garantizado a la subpignoración es corriente en el marco de las operaciones garantizadas relacionadas con garantías reales sobre valores bursátiles (la presente Guía no se ocupa de este tipo de garantías reales).

i) Derecho a asegurarse contra toda pérdida o daño del bien gravado

26. El riesgo de pérdida o deterioro del bien gravado sigue recayendo sobre el otorgante pese a la constitución de la garantía real (en la mayoría de los ordenamientos jurídicos el otorgante conservará un derecho real sobre el bien gravado). No obstante, el acreedor garantizado obrará en su propio interés si saca un seguro completo para el bien gravado. Por ello, debe facultarse al acreedor garantizado a negociar un seguro en nombre del otorgante, que deberá reembolsarle el gasto realizado en esta gestión.

j) Derecho a abonar impuestos en nombre del otorgante

27. Todo impuesto que recaiga sobre el bien o bienes gravados será también imputable al otorgante. Ahora bien, todo acreedor garantizado debe estar facultado para pagar esos impuestos en nombre del otorgante con miras a amparar su garantía real sobre dicho bien. Ese pago tributario será tenido por gasto justificado, al haberse realizado en la custodia del bien gravado, por lo que el acreedor garantizado tendrá derecho a que le sea reembolsado.

k) Derecho al reembolso de gastos justificados

28. Los gastos necesarios para la custodia y la conservación de los bienes gravados mientras estén en posesión del acreedor garantizado deberían correr a cargo del otorgante. Si estos gastos son realizados por el acreedor garantizado en posesión del bien gravado y en cumplimiento de su deber de custodia, éste tiene derecho a que el otorgante le reembolse dichos gastos. Las primas de seguros (véase el párrafo 26) y los pagos fiscales (véase el párrafo 27) son ejemplos de gastos justificados cuyo reembolso tiene derecho a exigir el acreedor garantizado al otorgante.

29. En el acuerdo de garantía cabe prever otros modos de asignar los gastos derivados de la conservación y custodia de los bienes gravados. Además, el acuerdo de garantía puede prever otros tipos de gastos que pueden proteger más el derecho del acreedor garantizado sobre los bienes gravados que el del otorgante. Aun cuando esos gastos estén justificados, no deberían correr a cargo del otorgante como forma de derecho supletorio. No obstante, el pago de esos gastos puede corresponder al otorgante si el acuerdo de garantía lo prevé así.

l) Obligación de restituir el bien gravado

30. Una vez satisfecha la obligación garantizada, el acreedor que esté en posesión del bien gravado debe restituirlo al otorgante. Dado que el acreedor garantizado no puede desvincularse de esta obligación, normalmente esta regla no será supletoria sino imperativa.

ii. Garantías reales sin desplazamiento o entrega de la posesión

31. Como objetivo clave para su eficiencia, todo régimen de las operaciones garantizadas debe alentar un comportamiento responsable por parte del otorgante que siga en posesión de los bienes gravados (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 33). Por consiguiente, toda la normativa supletoria de la garantía real sin desplazamiento está destinada a amparar el valor económico de los bienes del otorgante (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 28). Alentar la explotación económica de los bienes del otorgante propicia su rentabilidad para éste, mientras que preservar el valor de los bienes gravados, previo al incumplimiento del deudor, responde al objetivo de optimizar el valor de liquidación de dichos bienes en provecho del acreedor garantizado.

a) Deber de permitir toda inspección por parte del acreedor garantizado

32. El acreedor garantizado debe tener el derecho a supervisar las condiciones de custodia del bien gravado que obre en poder del otorgante. A tal efecto, el otorgante estará obligado a permitir toda inspección oportuna de ese bien por el acreedor garantizado.

b) Deber de mantener los bienes gravados debidamente asegurados y de tributar por ellos

33. El deber de custodiar el bien gravado, que se asigna al otorgante que esté en posesión del mismo, entraña el deber de mantener dicho bien bajo la cobertura adecuada de un seguro y el deber de pagar oportunamente toda carga tributaria que pese sobre el mismo. Si corresponde al acreedor garantizado asumir esos gastos por este concepto, tiene derecho a ser reembolsado por el otorgante, cuya obligación de reembolso estará cubierta por su garantía real (véanse los párrafos 26 y 27).

c) Deber de adoptar medidas para preservar todo derecho que recaiga sobre el bien gravado

34. Tratándose de bienes inmateriales gravados, tales como el derecho del otorgante a ser pagado por medio de créditos por cobrar (por ejemplo, una cuenta de depósito, regalías o derechos de patente, derechos de autor y marcas comerciales), el aspecto más importante del deber de custodia del otorgante consistirá en adoptar toda medida necesaria para preservar esos derechos, independientemente de si están incorporados o no a un título negociable (véase el párrafo 19).

d) Derecho a percibir el producto o los “frutos civiles”

35. Todo incremento o beneficio generado por los bienes gravados en posesión del otorgante, independientemente de si esos bienes suplementarios se consideran o no frutos civiles o naturales o producto (sobre esta cuestión, véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1,

párrs. ...), quedarán automáticamente sujetos al derecho real de garantía que tenga el acreedor garantizado, a menos que se convenga otra cosa (véase el párrafo 23).

e) Deber de llevar un expediente adecuado de su administración y de rendir cuentas

36. Cuando los bienes gravados sean bienes rentables, que se dejan en posesión del otorgante, siempre que el derecho real de garantía englobe las rentas o ingresos generados por el bien, el otorgante puede tener que llevar expedientes adecuados y rendir razonablemente cuenta de la disposición y administración del producto o de los frutos reportados por los bienes gravados.

f) Derecho a utilizar, mezclar, procesar y entremezclar los bienes gravados y a disponer de ellos

37. El otorgante en posesión del bien gravado está facultado para utilizar, mezclar, procesar o entremezclar los bienes gravados con otros bienes. En principio, el otorgante no debería tener derecho a disponer de los bienes gravados sin la autorización del acreedor garantizado. No obstante, a título de excepción, el otorgante puede disponer de los bienes gravados siempre y cuando lo haga en el giro normal de su negocio (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párrs. ...).

38. En el caso de una disposición de bienes gravados que produzca la extinción del derecho de garantía sobre esos bienes, la garantía real puede abarcar también el producto (para un análisis de esta cuestión, véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párrs. 41 a 47).

g) Derecho a otorgar otra garantía real constituida sobre el mismo bien

39. El otorgante debe estar facultado para conferir una garantía real subsiguiente sobre un bien ya gravado.

h) Deber del acreedor garantizado a cancelar la inscripción o a adoptar otras medidas

40. Una vez cumplida en su totalidad la obligación garantizada, el acreedor garantizado debe liberar el bien gravado de la garantía real y solicitar la cancelación de la inscripción del derecho real de garantía o adoptar las medidas pertinentes para dar aviso de que los bienes del otorgante ya no están sujetos a ninguna garantía real (dado que el acreedor garantizado no puede desvincularse de esa obligación, normalmente esta regla no será de derecho supletorio sino imperativo).

iii. Garantías con y sin desplazamiento de la posesión

a) Deber de custodia

41. Si el bien gravado es un bien corporal, el deber de custodia se refiere principalmente a la preservación del bien (véase el párrafo 17). Si se trata de un bien inmaterial, el deber de custodia del acreedor garantizado comprenderá tanto la preservación física de todo título como la adopción de las medidas necesarias para defender y hacer cumplir el derecho de cobro enunciado en el título (véanse también los párrafos 19 y 34).

b) Deber del otorgante de compensar toda desvalorización imprevista

42. Si los bienes gravados sufrieran una desvalorización notable que no se hubiera podido prever al celebrar el acuerdo de garantía, el otorgante podría tener que ofrecer una garantía suplementaria para compensar la considerable e imprevista pérdida de valor.

43. En caso de desvalorización previsible del bien gravado debida al paso del tiempo o a las condiciones del mercado, las partes en el acuerdo de garantía tal vez deseen convenir en que, si la desvalorización alcanza un nivel considerable, el otorgante pueda tener que ofrecer una garantía suplementaria o el acreedor garantizado pueda asimilar tal pérdida de valor a un incumplimiento.

c) Derecho a ceder la garantía real junto con la obligación garantizada

44. El acreedor garantizado puede ceder libremente la obligación garantizada, con lo cual cede normalmente también la garantía real (véase, por ejemplo, el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos; en algunos casos, el acreedor garantizado puede ceder la garantía real sin la obligación garantizada; véase el párrafo 24). Tras tal cesión, el cesionario o beneficiario de la transferencia hereda todos los derechos y obligaciones del acreedor garantizado originario.

d) Deber del acreedor garantizado de restituir el bien gravado o renunciar de otro modo al derecho de garantía

45. Una vez cumplida en su totalidad la obligación garantizada, el acreedor garantizado que esté en posesión del bien gravado debe restituirlo al otorgante (véase el párrafo 30). En el caso de una garantía sin desplazamiento de la posesión inscrita en un registro público, el acreedor garantizado debe solicitar la cancelación de la garantía real o dar aviso de que el bien está liberado de su gravamen (véase el párrafo 40).

B. Resumen y recomendaciones

46. Las reglas de derecho supletorio que figuran en el presente capítulo tratan de aclarar cuáles deben ser los derechos y las obligaciones de las partes en un acuerdo constitutivo de una garantía real con anterioridad al incumplimiento de la operación garantizada. Estas reglas se refieren únicamente a los derechos y obligaciones contractuales antes del incumplimiento, con la salvedad de los efectos del acuerdo de garantía en cuanto a la propiedad y la relación entre las partes después del incumplimiento.

47. Estas reglas son de índole facultativa, y por tanto no imperativas, por lo que la expresión, “salvo acuerdo en contrario”, debe ser entendida como preámbulo de todo derecho o deber asignado, por esas reglas, a las partes. Un corolario del carácter facultativo de estas reglas es que las partes podrán, por vía contractual, renunciar a todo derecho o rechazar todo deber dimanante de esas reglas, o podrán modificarlas, salvo que esa renuncia o modificación sea contraria al orden público de derecho interno o que contradiga algún principio inderogable de buena fe o de equidad comercial.

48. En principio, las partes en una operación garantizada deben tener libertad para concertar las características de su relación, a reserva de los límites impuestos por el orden público (*ordre public*) y por la protección de los terceros. Por ejemplo, el acreedor garantizado en posesión no puede incumplir la obligación de restituir el bien gravado al otorgante una vez pagada la obligación garantizada (véanse los párrafos 30, 40 y 45).

49. Todo acreedor garantizado, en posesión del bien gravado, debe custodiar, preservar y mantener el bien en buen estado. El acreedor garantizado está igualmente obligado a efectuar toda reparación necesaria para mantener dicho bien en ese estado. De tratarse de bienes muebles corporales, el acreedor garantizado deberá velar por que sigan siendo debidamente identificables. Si esos bienes son fungibles, el deber de diligencia comprende la obligación de preservar la misma cantidad de bienes gravados con idéntica calidad y valor.

50. Cuando el bien gravado consista en el derecho del otorgante a cobrar ciertas sumas de dinero, independientemente de si ese derecho figura enunciado en un título, la obligación de custodia que ha de asumir el acreedor garantizado incluirá el deber de preservar todo derecho del otorgante frente a cualquier persona secundariamente responsable.

51. El acreedor garantizado en posesión debe permitir que el otorgante inspeccione oportunamente el bien gravado. De cumplirse plenamente la obligación garantizada, el acreedor garantizado deberá devolver el bien gravado al otorgante.

52. El acreedor garantizado en cuyo poder obre el bien gravado puede estar facultado para retener, a título de garantía adicional, todo incremento o beneficio que produzca dicho bien. En caso de producto monetario, el acreedor garantizado puede destinarlo al pago de la obligación garantizada o remitirlo al otorgante.

53. Salvo en un número limitado de circunstancias, el acreedor garantizado no podrá constituir una garantía real sobre los bienes gravados que estén en su posesión.

54. Todo gasto razonable que realice el acreedor garantizado en el cumplimiento de su obligación de custodia (por concepto de seguros y pago de impuestos) le deberá ser reembolsado. Ese derecho del acreedor garantizado a ser reembolsado por esos gastos deberá estar igualmente garantizado por el bien gravado.

55. En el marco de una garantía real sin desplazamiento, el otorgante, facultado para retener la posesión del bien gravado, deberá estar a su vez sujeto a un deber de custodia y preservación de dicho bien. En el cumplimiento de este deber, el otorgante deberá sufragar los gastos necesarios por concepto de primas de seguro, impuestos y otros derechos o cargas.

56. El otorgante en posesión de los bienes gravados podrá utilizarlos, procesarlos, mezclarlos y entremezclarlos con otros bienes, así como disponer de ellos en el giro normal de su negocio. La garantía real puede hacerse extensiva al producto o a los "frutos civiles" que genere el bien gravado.

57. El otorgante podrá también otorgar una garantía real subsiguiente sobre los bienes gravados que estén en su posesión.

58. El deudor en posesión de los bienes gravados debe permitir que el acreedor garantizado supervise oportunamente los bienes. En el caso de bienes gravados que

reporten ingresos, el otorgante está obligado a mantener expedientes adecuados en que se detalle la forma en que se administran los bienes gravados o en que se dispone de ellos.

59. De tratarse de bienes inmateriales, la obligación de custodia del otorgante abarcará el ejercicio oportuno, o la salvaguardia, de todo derecho del otorgante a ser pagado o la adopción de toda medida que sea necesaria para cobrar oportunamente toda suma que le sea debida, por concepto de dichos bienes.

60. Una vez cumplida plenamente la obligación garantizada, todo acreedor garantizado deberá solicitar que se borre la garantía real del registro o adoptar las medidas pertinentes para avisar a los terceros de que los bienes han dejado de estar gravados.

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6

Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su cuarto período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas Informe del Secretario General

ADICIÓN

Índice

	Párrafos	
IX. Insolvencia	1-59	2
A. Observaciones generales	1-51	2
1. Introducción	1-4	2
2. Régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de insolvencia	5-51	3
a. Inclusión de los bienes gravados en la masa de la insolvencia	7-19	3
b. Limitaciones de la ejecutoriedad de las garantías reales	20-27	6
c. Participación de los acreedores garantizados en el procedimiento de insolvencia	28-29	8
d. Eficacia de las garantías reales y acciones de impugnación	30-32	8
e. Prelación relativa de las garantías reales	33-35	9
f. Financiación otorgada con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia	36-41	10
g. Procedimiento de reorganización	42-47	12
h. Agilización del procedimiento de reorganización	48-51	13
B. Resumen y recomendaciones	52-59	14

IX. Insolvencia

A. Observaciones generales

١. Introducción

1. En principio, en un procedimiento de insolvencia habría que reconocer la efectividad y la prelación de una garantía real y salvaguardar el valor económico de ésta. Sin embargo, en un régimen de la insolvencia se pueden modificar los derechos de los acreedores asegurados con miras a aplicar políticas sociales y económicas de amplias miras (por ejemplo, de protección de los acreedores no garantizados y de los trabajadores). Si en un régimen de la insolvencia se hace esto, tal vez los acreedores cuyos derechos reales de garantía podrían modificarse, puedan cuantificar ese riesgo e incorporarlo en su evaluación de la cuestión de si conceder crédito y en qué condiciones. Por consiguiente, todo Estado que desee estimular los mercados de crédito por medio de un régimen de operaciones garantizadas moderno saldrá beneficiado si coordina ese régimen con el régimen de

la insolvencia. En el presente capítulo se examina la relación entre ambos regímenes; por consiguiente, debe leerse a la luz de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia, en la que se abordan las cuestiones que son objeto del capítulo en el marco más amplio del régimen de la insolvencia (véase A/CN.9/WG.V/WP.63 y adiciones). El capítulo X trata de las cuestiones del conflicto de leyes que se plantean respecto de las garantías reales en el marco de un procedimiento de insolvencia.

2. Los regímenes que regulan la insolvencia y las operaciones garantizadas tratan de cuestiones y tienen objetivos que se superponen. Ambos regímenes se ocupan de las relaciones entre el deudor y sus acreedores y ambos tratan de imponer al deudor cierta disciplina crediticia. Ambos comparten también el objetivo del reconocimiento de las garantías reales y el valor económico de esas garantías. Una reglamentación eficaz en cualquiera de las dos esferas contribuirá al buen funcionamiento de la reglamentación aplicable en la otra. El régimen de las operaciones garantizadas puede, por ejemplo, aumentar la disponibilidad de crédito, facilitando así la buena marcha del negocio y disminuyendo el riesgo de insolvencia. Un buen régimen de las operaciones garantizadas puede promover asimismo un comportamiento responsable de los acreedores y los deudores, en la medida en que aliente a los acreedores a que supervisen la solvencia crediticia del deudor frente a sus obligaciones, previniendo así el peligro de que el deudor se endeude demasiado y corra el riesgo de incurrir en insolvencia. Además, un régimen de las operaciones garantizadas que prevea la inscripción pública de las garantías reales permitirá que un administrador de la insolvencia identifique con rapidez a los posibles acreedores garantizados (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, párrs. ...).

3. No obstante, puede haber roces en ciertos puntos de intersección entre el régimen de las operaciones garantizadas y el régimen de la insolvencia, por razón del diverso enfoque de uno y otro régimen respecto al pago de las deudas u otras obligaciones. El régimen de las operaciones garantizadas tiene por objeto lograr que el valor del bien gravado proteja al acreedor garantizado cuando no se cancelen las obligaciones que se le adeudan; el régimen de la insolvencia regula, en cambio, los supuestos en que no pueden satisfacerse plenamente las obligaciones que se adeudan a todos los acreedores. Además, el régimen de las operaciones garantizadas trata de dotar a determinados acreedores de un derecho ejecutorio eficaz que haga sumamente probable el cumplimiento de la obligación que les sea respectivamente debida o la realización de su valor económico. El régimen de la insolvencia trata, en cambio, de aumentar al máximo las probabilidades de que se reembolsará en lo posible a todos los acreedores evitando cualquier carrera entre ellos para lograr la ejecución de sus respectivos derechos frente al deudor común.

4. El legislador que revise el régimen legal interno vigente o introduzca un nuevo régimen en materia de operaciones garantizadas podría reconocer esos roces velando por que la nueva legislación propuesta esté en consonancia con el régimen de la insolvencia vigente o propuesto. Toda modificación de los derechos de los acreedores garantizados mediante cualquiera de esos regímenes deberá basarse en políticas bien pensadas y enunciarse en la legislación en términos claros y coherentes, ya que la reforma de uno de los regímenes puede imponer operaciones imprevistas, y gastos en relación con las actividades de cumplimiento, a las partes directamente interesadas del otro régimen.

2. Régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de insolvencia

5. Los regímenes de la insolvencia modernos suelen prever dos categorías básicas de procedimientos: la liquidación y la reorganización. En un procedimiento de liquidación, el representante de la insolvencia reúne los bienes del deudor insolvente, los vende o enajena de alguna otra forma y distribuye el producto a los acreedores de ese deudor. Los bienes pueden liquidarse por separado, bien de una sola vez o por etapas, o como parte de la empresa como negocio en marcha. En el caso de la liquidación de los distintos bienes por etapas, o como parte de la empresa como negocio en marcha, tal vez haya que continuar el negocio del deudor insolvente.

6. En cambio, en un procedimiento de reorganización, el objetivo es mantener a la empresa del deudor insolvente como negocio en marcha si ésta es económicamente viable, a fin de que el valor del negocio del deudor insolvente una vez reorganizado permita un reembolso más completo de los créditos a los acreedores con respecto a su valor de liquidación (véanse los párrs. 42 a 47). Se está introduciendo un procedimiento de reorganización por vía acelerada que promueve una rápida confirmación judicial o administrativa en un procedimiento de reorganización ordinario, de todo acuerdo concertado por los principales acreedores o por ciertas categorías de ellos antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia (por ejemplo, una reorganización que se refiera únicamente a ciertas categorías de deuda, como una deuda financiera; véanse los párrs. 48 a 51).

a. Inclusión de los bienes gravados en la masa de la insolvencia

7. Una cuestión inicial es la de si los bienes gravados forman parte de la "masa de la insolvencia" creada al abrirse un procedimiento de insolvencia contra un deudor insolvente (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5, párrs. 60 a 62 y 66, y Recomendación 27). El deudor o el tercer otorgante puede ser "el deudor insolvente" [*Nota para el Grupo de Trabajo: habrá que ajustar la definición de deudor insolvente que figura en el párrafo 14 del documento A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1*.]. Cuando el deudor y el otorgante sean dos personas diferentes, en el caso de la insolvencia del otorgante los bienes forman parte de la masa y, en el caso de la insolvencia del deudor, pueden verse afectados los bienes del tercer otorgante que obren en posesión del deudor (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7, párrs. 115 a 117 y las recomendaciones 46 y 47).

8. Los efectos de la inclusión de los bienes gravados en la masa de la insolvencia pueden ser diversos. En muchos ordenamientos, esa inclusión limitará la capacidad del acreedor garantizado para ejercer su derecho real de garantía (véase el párr. 20). Los acreedores tendrán en cuenta cualesquiera limitaciones legales de esa índole en relación con los acuerdos comerciales al decidir si otorgarán crédito al deudor y el precio que cobrarán por éste. Algunos regímenes de la insolvencia, que exigen que todos los bienes sean incluidos de entrada en la masa de la insolvencia, permiten que los bienes gravados sean separados de ésta si se presentan pruebas de que se está causando algún daño o perjuicio al valor económico de la garantía real o se demuestra que los bienes de que se trata están plenamente gravados y son innecesarios para la reorganización.

9. A fin de poder determinar si la continuación del procedimiento abierto servirá para maximizar la suma que al final se reembolsará a todos los acreedores, el

régimen de la insolvencia puede disponer que todo bien gravado quede inicialmente sujeto a control en el marco del procedimiento de insolvencia. Como consecuencia de ello, puede prohibirse al acuerdo garantizado tomar posesión de los bienes gravados o, si se está en posesión de ellos, puede exigírsele que los entregue al representante de la insolvencia. Este criterio puede adoptarse no sólo en el supuesto de que se abra un procedimiento de reorganización, sino también en todo procedimiento de liquidación en el que se prevea que el negocio del deudor insolvente seguirá en marcha mientras se van liquidando escalonadamente los bienes de la masa, o mientras exista la probabilidad de que la empresa pueda ser vendida como negocio en marcha. Como tal vez no sea posible determinar, al abrirse el procedimiento de insolvencia, si conviene o no mantener el negocio en marcha, muchos regímenes de la insolvencia disponen que los bienes gravados formarán parte de la masa al menos durante cierto tiempo.

10. La masa de la insolvencia estará normalmente integrada por todos los bienes, corporales (muebles o inmuebles) e inmateriales, en relación con los cuales el deudor insolvente tenga un derecho (derecho de propiedad u otro derecho contractual) en la fecha en que se inicie el proceso de insolvencia. Lo que forme parte exactamente de la masa puede depender de si un bien está o no gravado, o se posee a reserva de la conclusión de un contrato ejecutable con un tercero, como, por ejemplo, un contrato de compraventa o arrendamiento. En todo caso, el bien o los derechos contractuales que tenga el deudor insolvente en relación con los bienes gravados formará parte de la masa de la insolvencia, y el valor neto del bien o del derecho contractual deberá ser el mismo (es decir, el valor del bien menos la deuda garantizada).

11. En los ordenamientos jurídicos en que las transferencias de la titularidad para fines de garantía se tratan como dispositivos de garantía real, incluso en el caso de insolvencia, los bienes transferidos por el deudor insolvente al acreedor no forman parte de la masa de la insolvencia (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párr. 31). Sin embargo, el precio pagado y cualesquiera derechos conexos forman parte de la masa. En los ordenamientos en que esas transferencias de la titularidad se consideran dispositivos de garantía real, los bienes forman parte de la masa de la insolvencia (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párr. 32).

12. Independientemente de que la retención de la titularidad se equipare o no al acto constitutivo de una garantía real los bienes no forman necesariamente parte de la masa de la insolvencia. Tal vez, el derecho interno desee proteger, por ejemplo, a los proveedores, o a otras entidades que financian el precio de compra de un bien, contra los créditos concurrentes de otros acreedores, cuando los bienes y el negocio de su deudor común se liquidan en el marco de un procedimiento de insolvencia. Incluso en estos ordenamientos quizás no quepa excluir dichos bienes de la masa en un procedimiento de reorganización porque prevalecerá el objetivo normativo de mantener en funcionamiento las empresas potencialmente viables.

13. Normalmente, un contrato de compraventa que contenga una cláusula de retención de la titularidad se considera un contrato ejecutable. El representante de la insolvencia podrá optar por pagar el resto del precio de compra e incorporar los bienes en la masa o evitar el cumplimiento del contrato y reclamar la parte del precio pagada por el deudor insolvente. Si el representante de la insolvencia decide no pagar, el vendedor puede reclamar los bienes en calidad de propietario o insistir en que se abone el precio de compra pendiente de pago.

14. Cuando el valor de los bienes gravados sea superior al del crédito garantizado, todo excedente que quede después de la liquidación y del pago de ese crédito formará parte de la masa. De no haberse declarado la insolvencia, el acreedor garantizado tendría que rendir cuentas al otorgante de la suma excedentaria obtenida. Si esos mismos bienes se enajenan durante el procedimiento de insolvencia, el excedente deberá mantenerse disponible para distribuirlo entre los demás acreedores.

15. Los ordenamientos jurídicos difieren en lo que respecta al tratamiento de un excedente en el caso de que se adapten disposiciones para retener la titularidad. En algunos ordenamientos, el vendedor tiene derecho a retener todo excedente que quede después de la venta del bien y de la satisfacción del derecho del vendedor, mientras que en otros ordenamientos el vendedor tiene que devolver a la masa de la insolvencia todo excedente que se registre. La cuestión podría depender de si esas disposiciones se consideran operaciones garantizadas o dispositivos de garantía real y de si el representante de la insolvencia mantiene en vigor o pone fin al contrato (véanse los párrs. 12 y 13).

16. En un régimen de la insolvencia pueden preverse el momento y el método que se ha de seguir para determinar el valor económico de una garantía real. Un criterio común es determinar ese valor en el momento de la apertura oficial del procedimiento de insolvencia [*Nota para el Grupo de Trabajo: esta cuestión no se aborda en la guía relativa a la insolvencia*]. El método a seguir para determinar dicho valor dependerá normalmente de la vía seguida para reconocer la validez de los créditos frente a la masa del deudor insolvente (véanse en A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13 los diversos mecanismos posibles para la admisión de créditos frente a la masa de la insolvencia, incluidos los créditos garantizados).

17. Al margen del supuesto de insolvencia, el acuerdo de garantía tal vez estipule que la garantía real se extienda al producto de los bienes gravados y a ciertos bienes ulteriormente adquiridos. El régimen de la insolvencia podrá abordar la cuestión de si el acreedor garantizado seguirá teniendo o no derecho a ese producto y a los bienes que se adquieran tras la apertura del procedimiento de insolvencia.

18. El producto resultante de la enajenación de los bienes gravados constituye en efecto un bien sucesor o sustitutivo de esos bienes y en principio salvaguardan el valor económico de la garantía real. En cambio, el producto obtenido en forma de frutos o utilidades de los bienes gravados no será literalmente su sucesor o sustituto, sino que representa un incremento natural al que todas las partes normalmente esperan que se aplique la garantía real. No obstante, en la medida en que el representante de la insolvencia haya de contraer gastos en relación con ese producto, esos gastos habrán de recaer en definitiva sobre el acreedor garantizado, en vez de ser sufragados por la masa de la insolvencia.

19. Los bienes adquiridos por la masa con posterioridad a la apertura del procedimiento y sobre los que tal vez el acreedor garantizado estime tener una garantía real, al margen de ese procedimiento, ni son sustitutos de los bienes gravados ni son utilidades o frutos naturales reportados por esos bienes. Salvo que el acreedor garantizado haya otorgado a la empresa nueva financiación, su argumento en pro de que se reconozca la extensión de su garantía sobre dichos nuevos bienes será menos convincente.

b. Limitaciones de la ejecutoriedad de las garantías reales

20. Muchos regímenes de la insolvencia imponen una vez abierto un procedimiento de insolvencia, una moratoria o paralización a las actuaciones de los acreedores para hacer efectivos sus créditos, interponer recursos o iniciar un procedimiento contra el deudor insolvente. Esta paralización puede ser automática o quedar a la discreción de un tribunal que actúe de oficio o a instancia de parte. En algunos ordenamientos esa paralización es aplicable a todos los acreedores tanto ordinarios como garantizados. Se aducen las mismas razones para paralizar la ejecución de las garantías reales que para incluir los bienes gravados en la masa de la insolvencia (véase el párr. 8 *supra*). Estas limitaciones pueden, no obstante, tener un efecto negativo sobre la disponibilidad de crédito y sobre su costo, por lo que todo régimen de la insolvencia debe buscar la forma de conciliar estos intereses contrapuestos (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6, párrs. 73, 75 a 78, 80 a 83, 84, 87, 91, 92, 94 y 96 a 102, así como las Recomendaciones 40 a 42).

٢١. Si un procedimiento de insolvencia sólo se inicia cuando el tribunal adopta una decisión acerca de una solicitud de apertura de tal procedimiento, se podrá facultar al tribunal para que dicte medidas cautelares a fin de preservar la masa en el período comprendido entre la solicitud y el fallo judicial acerca de ésta. El tribunal podrá dictar esas medidas de oficio o a instancia de parte. De ser otorgables, esas medidas provisionales podrán incluir la paralización de toda actuación del acreedor garantizado para tomar posesión de los bienes gravados o para hacer efectivo de alguna otra forma su derecho real de garantía. Habida cuenta de que esas medidas tienen carácter provisional y se dictan antes de declarar abierto un procedimiento de insolvencia, el tribunal tal vez exija a los acreedores que las soliciten que presenten pruebas de que son necesarias y, en algunos casos, que depositen una caución para responder de todo gasto o daño que pueda causarse.

22. La necesidad de paralizar, por un período tal vez largo, la ejecución de las garantías reales es menos acuciante en un procedimiento de liquidación si se enajenan por separado los bienes de la masa, como un negocio en marcha. Se pueden adoptar distintos criterios. Por ejemplo, un régimen de la insolvencia puede prever que la paralización no sea aplicable a los acreedores garantizados, pero alentar la apertura de negociaciones entre el deudor insolvente y sus acreedores con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia, con miras a optimizar el resultado para todos los interesados. Cabe también prever que dicha paralización sea automáticamente levantada al término de un breve plazo (por ejemplo de 30 días), salvo que se obtenga un mandato judicial para prorrogarla por algún motivo previsto en el régimen de la insolvencia. Cabe citar como motivos posibles para solicitar esa prórroga que se haya probado que existe una posibilidad razonable de que la empresa pueda ser vendida como negocio en marcha, y de que esa venta maximizará el valor de la empresa para todos los acreedores y no ocasionará ningún perjuicio indebido a los acreedores garantizados. Otro criterio es dejar el levantamiento de la paralización al arbitrio del tribunal que supervise el procedimiento de insolvencia, pero establecer directrices reglamentarias para el ejercicio de esa facultad discrecional.

23. Esa paralización de las actuaciones tiene mayor razón de ser cuando se opta por un procedimiento de reorganización. La retirada de los bienes gravados de una empresa puede frustrar toda tentativa de proseguir el negocio y de vender la empresa como negocio en marcha. Por consiguiente, cabe que el régimen de la

insolvencia extienda la paralización a los acreedores garantizados durante el tiempo que sea necesario para formular, aprobar y ejecutar un plan de reorganización (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6, párr. 91).

24. Para todo supuesto en el que se paralice una demanda de ejecución presentada por un acreedor garantizado, el régimen de la insolvencia deberá prever medidas que salvaguarden el valor económico de su garantía real sobre los bienes gravados. Cabe citar como salvaguardias eventualmente otorgables: un mandato judicial ordenando el pago en metálico de los intereses debidos por el importe del crédito garantizado; la indemnización de toda merma de valor del bien gravado, y la constitución en garantía de otros bienes adicionales o sucedáneos de los ya gravados. La necesidad de esas salvaguardias es particularmente acuciante cuando se trata de bienes gravados perecederos o fungibles (como el dinero en efectivo o sus equivalentes). El criterio para evaluar las salvaguardias podría ser la situación en que el acreedor asegurado se habría encontrado si hubiera hecho efectiva su garantía antes del comienzo del procedimiento de insolvencia.

25. Cabe también que el régimen de la insolvencia exonere al acreedor garantizado de la paralización autorizando, en ciertos casos, al representante de la insolvencia a entregar los bienes gravados al acreedor garantizado. Como posibles motivos para levantar la paralización respecto de esos bienes cabe citar el supuesto de que esos bienes no sean esenciales para la masa de la insolvencia ni para la venta o rehabilitación de la empresa, así como el supuesto de que no sea viable, o que resulte excesivamente oneroso para la masa, proteger el valor de la garantía real y el supuesto de que el representante de la insolvencia no haya vendido o enajenado de otro modo los bienes gravados en el momento oportuno. Un régimen de la insolvencia puede prever asimismo que, una vez que se haya levantado la paralización respecto de determinados bienes gravados, el acreedor garantizado podrá utilizar, si así lo desea y a sus expensas, todo mecanismo que se haya previsto en el procedimiento de insolvencia para la venta, o la enajenación de otro modo, de dichos bienes.

26. Cuando los bienes gravados sean necesarios para la realización del procedimiento de insolvencia, el representante de ésta puede tener derecho a utilizarlos, al tiempo que toma medidas para proteger el valor de la garantía. Además, el representante de la insolvencia puede tener derecho a enajenar los bienes gravados exentos de todo derecho real de garantía, a condición de que lo notifique al acreedor garantizado, de que éste tenga la posibilidad de oponer objeciones, de que no se conceda amparo contra la paralización y de que se salvaguarde la prelación del acreedor garantizado en relación con el producto de la enajenación (véase A/CN.9/WG.VI/WP.63/Add.7, párrs. 269, 278 a 280 y 292, así como las recomendaciones 44, 45 y 51).

27. Si el régimen de las operaciones garantizadas aplicable prevé que sea el acreedor garantizado quien enajene el bien gravado, se plantea la cuestión de determinar, caso de abrirse un procedimiento de insolvencia, si el acreedor garantizado seguirá estando facultado para enajenar dicho bien o si la enajenación habrá de hacerse bajo el control del representante de la insolvencia. Un régimen de la insolvencia puede establecer que, en el marco de un procedimiento de liquidación, el tribunal podrá ordenar que se entreguen al acreedor garantizado los bienes gravados, si el valor de estos bienes no basta para cumplir las obligaciones garantizadas y existe una posibilidad razonable de que éste los venda con mayor

facilidad y a un precio más alto [*Nota para el Grupo de Trabajo: Esta cuestión se aborda en términos más generales en la Recomendación 42, contenida en la Guía relativa a la insolvencia*]. En todo caso, el régimen de la insolvencia debe prever con claridad que cualquier excedente que reste, después de pagar todo gasto razonable y de satisfacer el crédito garantizado, deberá volver a la masa de la insolvencia.

c. Participación de los acreedores garantizados en el procedimiento de insolvencia

28. En la medida en que los bienes gravados formen parte de la masa de la insolvencia y los derechos de los acreedores garantizados se vean afectados, se les otorgará a éstos el derecho a participar en forma efectiva en el procedimiento de insolvencia, inclusive en toda negociación encaminada a llegar a un arreglo amistoso. El grado de esa participación viene determinado por el régimen de la insolvencia (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11, párrs. 261 a 262, 269, 278 a 280 y 292, como también la recomendación 110). Por ejemplo, los acreedores garantizados podrían participar en los comités de acreedores ordinarios, en los que eventualmente podrán votar sobre cuestiones que afecten a los bienes gravados, o en comités de acreedores separados para los acreedores garantizados.

29. Cuando los acreedores garantizados quieran valerse de bienes gravados para que se les pague una parte o la totalidad de sus créditos, el régimen de la insolvencia podría permitir su participación en el procedimiento en la medida en que su crédito no esté garantizado. Si algún acreedor garantizado hubiese entregado su garantía al representante de la insolvencia, el régimen de la insolvencia podría permitirle participar en el procedimiento del mismo modo que a los acreedores ordinarios no garantizados. El acreedor garantizado podría tener derecho a participar en un procedimiento de reorganización cuando su crédito se vaya a reestructurar en el marco del plan de reorganización.

d. Eficacia de las garantías reales y acciones de impugnación

30. En general, toda garantía real que sea eficaz frente al deudor insolvente y a terceros al margen de una situación de insolvencia, deberá ser reconocida como eficaz en un procedimiento de insolvencia. Ahora bien, podrá impugnarse normalmente la eficacia de una garantía real, en un procedimiento de insolvencia, por los mismos motivos a los que puedan ser alegados para impugnar cualquiera otra operación. El representante de la insolvencia o los acreedores podrán ser autorizados a intentar tachar de nulidad ("impugnar") o invalidar de cualquier otro modo toda operación "fraudulenta" realizada con el fin de frustrar u obstaculizar los propósitos de los acreedores, demorar su actuación, o toda operación preferente o infravalorada que realice el deudor insolvente dentro de cierto plazo antes de la apertura del procedimiento de insolvencia (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9, párr. 170 y la recomendación 71).

31. La constitución o la cesión de un derecho real de garantía es una cesión de un derecho real que estará sujeta al régimen general de toda cesión, por lo que si esa operación ha sido fraudulenta, preferente o infravalorada, podrá ser impugnada o invalidada de algún otro modo. Ello significa que un derecho real de garantía, que sea eficaz con arreglo al régimen de las operaciones garantizadas de cierto país, podrá ser invalidado, en determinadas circunstancias, con arreglo al régimen de la

insolvencia de ese mismo país. Por lo tanto, es preciso indicar en forma clara y previsible los motivos por los que se podrá impugnar el derecho real de garantía.

32. En el procedimiento de liquidación, no sólo se permite el pago del producto de los bienes gravados sino que también es necesario, salvo que dicho pago sea anulable en virtud de otros principios aplicables.

e. Prelación relativa de las garantías reales

33. En todo régimen de las operaciones garantizadas se define el orden de prelación de los créditos respecto de los bienes gravados. La certidumbre respecto de la prelación es un elemento que reviste vital importancia en lo que atañe a la disponibilidad y costo del crédito. Por lo tanto, es importante que el régimen de insolvencia respete la prelación de las garantías reales existente antes de la apertura del procedimiento de insolvencia ("prelación anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia"). Se deberá restringir el número y el valor de las excepciones a este principio, y su existencia y el monto por el que se han previsto deberán ser expresados de manera transparente y previsible (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, párrs. 423 a 425, y la recomendación 168). Por ejemplo, las excepciones deberán establecerse, no sólo en la legislación fiscal o laboral, sino también en los regímenes de la insolvencia y de las operaciones garantizadas.

34. Un ejemplo de tales excepciones al principio de respetar la prelación de las garantías reales anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia se relaciona con los créditos privilegiados (por ejemplo: salarios por cobrar, prestaciones a los empleados y créditos fiscales). Si bien la mayoría de los ordenamientos jurídicos sólo reconocen la prelación de estos créditos respecto de los créditos ordinarios, algunos ordenamientos extienden tal prelación a dichos créditos privilegiados para que ocupen un orden de prelación incluso superior al de los créditos garantizados. Otro ejemplo de tales excepciones ocurre cuando se reserva una parte de la masa patrimonial, incluidos los bienes gravados, en el caso de ciertas categorías de acreedores ordinarios, como los empleados del deudor o personas que hayan interpuesto una demanda contra él por lesiones corporales.

35. Por regla general, al valor de los bienes gravados no se le agrega ninguna sobretasa por concepto de administración general del procedimiento de insolvencia. Sin embargo, el representante de la insolvencia podrá incurrir en gastos por concepto de mantenimiento de los bienes gravados, que deberá poder pagar con cargo a la masa de la insolvencia. Dado que esos gastos de administración preservan el valor económico de la garantía real, no otorgarles prelación sobre el crédito del acreedor garantizado supondría un enriquecimiento injusto del acreedor garantizado a expensas de los acreedores ordinarios. No obstante, el régimen de la insolvencia podría limitar esa prelación a todo gasto razonable no dando así lugar a que se hagan gastos injustificados por ese concepto.

f. Financiación otorgada con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia

36. A fin de que el procedimiento de insolvencia reporte el máximo beneficio posible a todos los acreedores, sea por medio de la liquidación de la empresa o de su reorganización, el representante de la insolvencia deberá disponer de fondos

suficientes para sufragar los gastos que entrañe la utilización de una u otra vía. En el caso de una liquidación, dichos gastos serán, entre otros, los que entrañe el cometido de preservar y proteger los bienes de la masa hasta que se vendan o enajenen de algún otro modo. En el caso de una reorganización, esos gastos incluirán además los salarios y otros gastos de explotación que permitan que el deudor insolvente prosiga sus actividades como negocio en marcha durante el procedimiento de insolvencia.

37. En algunos casos, ese representante dispondrá de fondos suficientes para financiar tales gastos previsibles, en efectivo o en bienes convertibles en efectivo (como el producto anticipado de los créditos por cobrar). Sin embargo, esos bienes tal vez ya estén gravados por alguna garantía eficaz, constituida a favor de los acreedores del deudor insolvente antes de la apertura del procedimiento de insolvencia (por ejemplo, un prestamista que goce de una garantía real sobre todo crédito por cobrar del deudor insolvente derivado de la venta de sus existencias). Puede suceder que cuando el representante de la insolvencia utilice dichos bienes durante el procedimiento de insolvencia se reduzca, o incluso se destruya, el valor económico de la garantía real constituida sobre ellos. Como consecuencia de ello, sólo podría autorizarse al representante de la insolvencia a utilizar esos bienes en el procedimiento de insolvencia cuando quede amparado el derecho de todo acreedor garantizado a recibir el valor económico de sus derechos reales de garantía existentes antes de la apertura del procedimiento. De lo contrario, todo acreedor garantizado eventual se mostrará reacio a otorgar crédito a cualquier persona (física o jurídica) sabiendo que, de serle abierto a ésta un procedimiento de insolvencia, correría el riesgo de perder el valor económico de sus derechos reales de garantía.

38. En otros casos, el activo líquido disponible y el flujo de caja previsto correspondientes a la masa de la insolvencia no bastarán para sufragar los gastos del procedimiento de insolvencia y el representante de ésta deberá obtener financiación de terceros. Esa financiación podrá consistir en el crédito otorgado, por los proveedores de bienes y servicios, a la masa o en préstamos u otras formas de crédito otorgado por prestamistas. Sucede a menudo que esos proveedores y prestamistas son los mismos que operaban con el deudor insolvente antes de la apertura del procedimiento de insolvencia. Estos agentes financieros no suelen estar dispuestos a otorgar crédito a una masa de la insolvencia si no se les asegura de forma apropiada (concediéndoles sea un derecho de prelación, sea garantías reales sobre los bienes de la masa) que se les reembolsarán las sumas adeudadas. En este caso también puede suceder que esos bienes ya estén gravados con garantías reales válidamente constituidas a favor de los acreedores del deudor insolvente antes de la apertura del procedimiento de insolvencia y, por el motivo explicado en el párrafo anterior, sólo deberá otorgarse un derecho de prelación o garantías reales, sobre los bienes existentes o futuros del deudor insolvente, a ningún nuevo acreedor del que se solicite crédito para la masa de la insolvencia en la medida en que se ampare el valor económico de toda garantía real ya existente al iniciarse el procedimiento de insolvencia.

39. Así pues, en todo arreglo financiero de esta índole (llamado colectivamente "financiación otorgada tras la apertura del procedimiento de insolvencia") es indispensable que se proteja el valor económico de las garantías reales de los acreedores garantizados constituidas antes de esa apertura para que esos acreedores no se vean perjudicados injustificadamente. Si el valor de los bienes gravados fuera

considerablemente superior al de la cuantía de las obligaciones para con los acreedores garantizados que se hayan constituido antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, tal vez no sea necesaria inicialmente ninguna protección especial de esos acreedores (a reserva del derecho de los acreedores a demandar medidas de amparo más adelante, caso de alterarse la situación). No obstante, en muchos casos el valor de los bienes gravados apenas excede del valor garantizado, por lo que deberá otorgarse a los acreedores garantizados existentes antes de la apertura ciertas medidas de protección suplementaria que preserven el valor económico de sus garantías reales. Las medidas para proteger ese valor podrían incluir: pagos periódicos o derechos reales de garantía en bienes adicionales en sustitución de los bienes utilizados por el representante de la insolvencia o gravados en favor de un nuevo prestamista.

40. Cuando se brinda protección a un acreedor cuya garantía real sea anterior a la apertura del procedimiento es importante que la cuantía de la garantía suplementaria que se le conceda no supere el monto que le correspondería por su garantía, si no se hubiera negociado financiación posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia. Así pues ninguna forma de garantía real suplementaria que se conceda debe suponer para el acreedor una mejora de su situación antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, como, por ejemplo, garantizándole obligaciones que no estuvieran garantizadas antes de la situación de insolvencia. Más bien, cualesquiera derechos reales de garantía adicionales que se concedan a un acreedor ya garantizado antes del procedimiento de insolvencia deberán servir para salvaguardar únicamente su derecho a que se compense con cargo a la masa de la insolvencia toda merma del valor de los bienes gravados sujetos a sus derechos reales de garantía preexistentes.

41. Un régimen de la insolvencia podría incorporar disposiciones específicas sobre la financiación otorgada con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia que indiquen las circunstancias en que pueda concederse esa financiación, la normativa que le sea aplicable y los efectos que tendrá sobre los derechos de todas las partes. Esa legislación podría establecer que la financiación posterior a la apertura del procedimiento que afecte los derechos de acreedores cuya garantía real haya sido constituida con anterioridad a la apertura del procedimiento sólo pueda ser concedida por resolución judicial, siempre y cuando se notifique debidamente a las partes afectadas, y se les otorgue el derecho a ser oídas. Al establecer normas explícitas, un régimen de la insolvencia permite que un acreedor considere la posibilidad de otorgar financiación con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia al conceder crédito a un deudor solvente. Unas directrices legislativas explícitas proporcionan una mayor transparencia y previsibilidad que un régimen que tan sólo permita acuerdos negociados entre el nuevo acreedor y el representante de la insolvencia (para un examen más a fondo del tema, véase A/CN9/WG.V/WP.63/Add.14, párrs. 416 a 420 y las recomendaciones 162 a 165).

g. Procedimiento de reorganización

42. El principal objetivo de todo procedimiento de reorganización es maximizar el valor de la masa de la insolvencia en beneficio de todas las partes interesadas formulando un plan para salvar la empresa. Para alcanzar ese objetivo tal vez sea necesario que el acreedor garantizado participe en el procedimiento de

reorganización, en particular cuando los bienes gravados deban ser utilizados para reorganizar la empresa del deudor insolvente (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, párrs. 321, 325, 327, 329 a 334, 349 y 351).

43. No obstante, un corolario importante de requerir que el acreedor garantizado participe en el procedimiento de reorganización es que ese acreedor no debería verse obligado a sufrir mayor perjuicio que el que habría sufrido si hubiera ejercido al margen del procedimiento de insolvencia su derecho de ejecución para enajenar los bienes gravados y destinar el producto de la enajenación a las obligaciones garantizadas. Como premisa general, deberá preservarse y mantenerse el valor económico de los derechos reales de garantía del acreedor garantizado durante el procedimiento de reorganización. De lo contrario, la incertidumbre generada por el hecho de que ese acreedor no pueda confiar en recibir el valor económico de sus derechos reales de garantía si se opta por reorganizar la empresa deudora en un procedimiento de insolvencia podría inducir de entrada a dicho acreedor a no conceder crédito al deudor o a concedérselo a un costo más alto. Además, la preservación de ese valor es también indispensable para obtener la financiación que necesitará el deudor insolvente para ejecutar el plan de reorganización y llevar adelante la empresa rehabilitada.

44. Si el acreedor garantizado debe participar en el procedimiento de reorganización, el plan de reorganización propuesto podría contener disposiciones que afectaran negativamente sus derechos. Con todo, tal vez ese acreedor convenga en respetar el plan de reorganización. No obstante, si dicho acreedor se opone al plan de reorganización, se plantea el problema de si cabe obligarle, pese a su objeción, a que lo acate.

45. Si el régimen de la insolvencia dispone que el plan de reorganización sea vinculante para todo acreedor garantizado disconforme, también deberá dar al acreedor, como protección básica, la seguridad de que en virtud de ese plan no se disminuirá sin su consentimiento el valor económico de la garantía real. Como mínimo, el acreedor garantizado deberá recibir, en el marco de ese plan, al menos lo que habría recibido en virtud del procedimiento de liquidación, salvo que hubiese aceptado el plan de reorganización. Deberá definirse con claridad y transparencia la protección que se dará a los derechos reales de garantía de ese acreedor, de modo que éste pueda decidir si concederá o no crédito y, caso de concederlo, en qué condiciones lo hará con la certeza de saber que sus derechos de garantía quedarán adecuadamente protegidos en caso de insolvencia del otorgante y si se aprobara un plan de reorganización contra el parecer expresado colectivamente por la categoría de acreedores garantizados o, individualmente, por el propio acreedor garantizado.

46. Hay varios ejemplos de las formas de preservar el valor económico de las garantías reales en el plan de reorganización, aun cuando éste las afecte. Cuando el plan prevea que el acreedor garantizado recibirá un pago en efectivo a cambio de las obligaciones garantizadas, ese pago no deberá ser inferior a la suma que ese acreedor habría recibido si hubiera iniciado una acción judicial. Cuando el plan prevea que el acreedor garantizado ha de levantar su garantía constituida sobre determinados bienes, deberá prever asimismo sustituir esos bienes por otros de valor al menos equivalente, que quedarán sujetos a la garantía real del acreedor garantizado, a menos que el valor del resto de los bienes gravados baste para pagar íntegramente lo adeudado al acreedor garantizado tras la enajenación del resto de los bienes gravados. Cuando el plan subordine los derechos de ese acreedor a los de

otro acreedor garantizado, el valor de los bienes gravados deberá ser suficiente para pagar íntegramente, tras la enajenación de los bienes gravados, la suma que se adeude tanto al acreedor garantizado que goce de prelación de primer orden como a aquellos cuyas garantías reales hayan quedado subordinadas. Cuando el plan disponga que se pague gradualmente la cuantía de las obligaciones garantizadas, el acreedor garantizado conservará sus derechos reales de garantía y el valor que corresponda en ese momento a los pagos futuros de las obligaciones garantizadas. Además, el tipo de interés que se pague por las obligaciones garantizadas modificadas no será inferior al tipo que el acreedor garantizado habría recibido si hubiera iniciado una acción judicial. [*Nota al Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que esta cuestión no ha sido abordada en el proyecto de Guía sobre la insolvencia*.]

47. Sucederá a menudo que el poder preservar o no el valor económico de las garantías reales del acreedor garantizado, en un plan de reorganización, será más una cuestión de hecho que de derecho. De ponerse en duda en el procedimiento de insolvencia que se esté preservando el valor económico de las garantías reales en el plan de reorganización, a menudo habrá que dirimir la cuestión determinando el valor en función de los mercados y de las condiciones imperantes en ellos. De hecho, esa valoración tal vez requiera un dictamen pericial, en particular si las garantías reales del acreedor garantizado, cuyo ejercicio se ha de suspender, recaen sobre los bienes gravados cuyo valor actual dependa de la futura actuación comercial del deudor insolvente, lo que supone que, al determinar el valor, tal vez haya que tener en cuenta los factores de riesgo que entrañe esa actuación. En ausencia de un acuerdo entre las partes litigantes, el tribunal competente tendrá que decidir, a la luz de las pruebas que se presenten, si se está preservando o no el valor económico de las garantías reales.

h. Agilización del procedimiento de reorganización

48. En los últimos años se ha prestado especial atención a la creación de procedimientos de reorganización acelerados ("procedimientos acelerados") como medio para simplificar los trámites de reorganización de un deudor insolvente y evitar los gastos o las demoras inherentes a los procedimientos ordinarios, en situaciones en que todos los acreedores principales del deudor insolvente (por lo general, acreedores financieros), o un número considerable de ellos, logran ponerse de acuerdo acerca de las condiciones de la reorganización (Véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, párr. 369).

49. El procedimiento acelerado puede estructurarse como sigue: i) los acreedores comienzan por negociar las condiciones que se establecerán en un plan de reorganización antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia ordinario; ii) se inicia luego un procedimiento de insolvencia ordinario, y iii) se presenta el plan de reorganización al tribunal competente para su aprobación por vía acelerada (aunque sujeta a los mismos requisitos sobre la información que ha de darse a conocer a los acreedores del deudor insolvente y de votación por éstos, así como a otros requisitos procesales propios del procedimiento ordinario). Una vez aprobado, el plan de reorganización vinculará a los acreedores disidentes de la misma manera que un procedimiento ordinario de reorganización. Algunas propuestas de procedimiento acelerado prevén una menor intervención del tribunal competente, y se basan primordialmente en acuerdos que conciertan los acreedores principales del

deudor insolvente, dejándose abierto el recurso a la vía judicial únicamente para resolver determinadas cuestiones.

50. A fin de promover la disponibilidad de crédito garantizado a bajo costo, es indispensable que los procedimientos acelerados no frustren las expectativas razonables de los acreedores garantizados ni crear una situación que cause mayor pérdida a un acreedor garantizado que la apertura de un procedimiento de insolvencia ordinario. Por ejemplo, un procedimiento acelerado no debe privar al acreedor garantizado, sin su consentimiento, de su capacidad para realizar el valor económico íntegro de los bienes gravados que le correspondan y habrá de compensarse razonablemente al acreedor garantizado por toda disminución de ese valor debida a la utilización de esos bienes por el deudor insolvente durante el procedimiento. Además, el procedimiento acelerado no debe frustrar las expectativas legítimas del acreedor garantizado, fundadas en sus documentos de crédito y en el derecho interno aplicable con respecto a la selección del foro o de la ley aplicable a su garantía.

51. Cabe afirmar en general que la existencia en el derecho interno de procedimientos acelerados debidamente estructurados y que se ajusten a los principios analizados más arriba servirá de estímulo a los acreedores para conceder crédito garantizado.

B. Resumen y recomendaciones

52. En principio, los bienes gravados deberían ser incorporados a la masa de la insolvencia. Si la operación subyacente es una operación relacionada con la titularidad (ya sea de transferencia o de retención de la titularidad), los bienes o derechos del deudor insolvente ligados a los bienes deberán formar parte de la masa de la insolvencia (véanse los párrs. 7 a 19).

53. Los bienes gravados deberían estar sujetos a la paralización del procedimiento y a cualquier otra limitación que se imponga. El régimen de la insolvencia debería especificar los requisitos, la duración y los efectos de la paralización o de cualesquiera otras limitaciones, así como los motivos por los que podría levantarse dicha medida a petición de los acreedores garantizados. En todo caso, el valor de las garantías reales debería estar suficientemente protegido (véanse los párrs. 20 a 27).

54. Si los derechos de los acreedores garantizados se vieran afectados, el régimen de la insolvencia debería permitir que los acreedores garantizados participaran, en forma efectiva, en el procedimiento de insolvencia para defender sus derechos (véanse los párrs. 28 y 29).

55. A reserva de toda acción de impugnación que sea ejercitable, toda garantía real creada con anterioridad a la apertura de un procedimiento de insolvencia debería ser igualmente eficaz con posterioridad a la apertura de ese procedimiento (véanse los párrs. 30 a 32).

56. Por regla general, la apertura de un procedimiento de insolvencia no debería alterar la prelación de los créditos garantizados con anterioridad a la apertura de ese procedimiento. La certeza y transparencia de toda excepción, que sea necesario hacer a dicha regla, contribuirán a evitar que produzca efectos negativos sobre la disponibilidad y el precio del crédito que se conceda (véanse los párrs. 33 a 35).

57. Todo régimen de la insolvencia debería regular explícitamente lo relativo a la financiación otorgada con posterioridad a la apertura de un procedimiento de insolvencia, de modo que un acreedor que fuera a conceder crédito antes de esa apertura pudiese evaluar debidamente la posibilidad de que se llegara a negociar ese tipo de financiación antes de conceder crédito al deudor (véanse los párrs. 36 a 41).

58. Un régimen de la insolvencia debería prever la participación de los acreedores garantizados en el procedimiento de reorganización. Debería preservarse el valor económico de las garantías reales y, como mínimo, el acreedor garantizado debería recibir, en virtud de ese plan, no menos de lo que habría recibido en un procedimiento de liquidación (véanse los párrs. 42 a 47).

59. Un procedimiento acelerado no debería dar lugar a situaciones que causaran mayor pérdida al acreedor garantizado que la apertura de un procedimiento de insolvencia ordinario, salvo que ese acreedor hubiese prestado su consentimiento en forma expresa para que se produjese tal situación (véanse los párrs. 48 a 51).

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7

Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su cuarto período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas Informe del Secretario General

ADICIÓN

Índice

	Párrafos
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-37
X. Conflicto de leyes	1-37
A. Observaciones generales	1-29
1. Introducción	1-9
a. Finalidad de las reglas sobre conflictos de leyes	1-5
b. Alcance de las reglas sobre conflictos de leyes	6-9
2. Reglas sobre conflictos de leyes para la constitución, divulgación y prelación de garantías reales	10-17
3. Efecto de todo cambio operativo subsiguiente en el factor de conexión	18-22
4. Reglas de conflictos de leyes para cuestiones de índole ejecutoria	23-28
5. El impacto de la insolvencia sobre las reglas de conflictos de leyes	29
B. Resumen y recomendaciones	30-37

X. Conflicto de leyes

A. Observaciones generales

1. Introducción

a. Finalidad de las reglas sobre conflictos de leyes

1. En el presente capítulo se examinan las reglas para determinar el derecho aplicable a la constitución, divulgación, prelación y ejecución de una garantía real. Se trata de las reglas generalmente denominadas de conflictos de leyes, que determinan también el ámbito territorial de aplicación de las reglas de fondo enunciadas en la Guía (es decir, los casos en que deben aplicarse las normas de fondo del Estado que adopta el régimen enunciado en la Guía). Por ejemplo, si un Estado ha promulgado las reglas de derecho sustantivo previstas en la Guía en lo referente a la prelación de un derecho real de garantía, esas reglas sólo se aplicarán a los conflictos de prelación que se planteen en el Estado promulgante cuando la regla sobre conflictos de leyes en cuestiones de prelación se remita a la legislación

de dicho Estado. Si la regla sobre conflictos de leyes dispone que el régimen aplicable en materia de prelación será el de otro Estado, se determinará la prelación relativa de cada reclamación conforme al derecho de ese otro Estado, y no con arreglo al régimen de la prelación del Estado promulgante.

2. Puede darse el caso de que, siendo ya eficaz el derecho real de garantía, se produzca un cambio en el factor de conexión que influya en la determinación del derecho aplicable. Por ejemplo, si una garantía constituida sobre bienes corporales ubicados en el Estado A se rige por la ley del Estado en que se encuentran los bienes, puede plantearse un conflicto si tales bienes son trasladados al Estado B (en virtud de cuya legislación los derechos de garantía sobre bienes corporales se rijan también por el criterio de la ubicación de los bienes corporales). Una de las soluciones consistiría en que la garantía siguiera siendo eficaz en el Estado B sin necesidad de que se adoptaran otras medidas en dicho Estado. Otra posibilidad consistiría en que debiera constituirse una nueva garantía con arreglo a la legislación del Estado B. Habría una tercera opción consistente en que se preservara el derecho preexistente del acreedor garantizado a reserva de que se cumplieran ciertas formalidades en el Estado B en un determinado plazo (por ejemplo, en los 30 días siguientes al traslado de los bienes al Estado B). En algunos países, las reglas de conflictos de leyes resuelven estas cuestiones. En el presente capítulo se propone una regla general al respecto.

3. Las reglas de conflictos de leyes deben reflejar los objetivos de un régimen eficiente de las operaciones garantizadas. A los efectos del presente capítulo, esto significa que la ley aplicable a los aspectos de propiedad de una garantía real deben poder determinarse fácilmente; concretamente, la certeza es un objetivo fundamental que debe tenerse en cuenta en la elaboración de reglas que afecten a las operaciones garantizadas tanto en lo relativo a los problemas de fondo como en lo que respecta a los conflictos de leyes. Otro de los objetivos es la previsibilidad. Tal como se ha indicado en las explicaciones del párrafo anterior, las reglas sobre conflictos de leyes deben mantener la validez de las garantías reales constituidas conforme a las leyes del Estado A si, al producirse un cambio en el factor de conexión para seleccionar el derecho aplicable, la garantía real pasa a estar sujeta a las leyes del Estado B. Un tercer objetivo fundamental de todo buen régimen de conflicto de leyes es que las reglas pertinentes sean acordes con las expectativas razonables de las partes interesadas (acreedor, otorgante de la garantía, deudor y terceros). Para ello, muchas opiniones coinciden en que es preciso que el derecho aplicable a una garantía real guarde cierta relación con las circunstancias que se regirán por ese derecho.

4. La Guía, incluido el presente capítulo, ayudará a los distintos legisladores a adoptar reglas que reduzcan los riesgos y los costos resultantes de las diferencias entre las reglas de conflictos de leyes. Normalmente, en una operación garantizada, el acreedor garantizado quiere asegurar que sus derechos se reconozcan en todos los Estados en que pueda tener que ejecutar su garantía (incluso en aquellos en que se administre la insolvencia del otorgante de la garantía). Si esos Estados tienen distintas reglas de conflictos de leyes para el mismo tipo de bienes gravados, el acreedor, para estar plenamente protegido, deberá atenerse a más de un régimen. La ventaja de una armonización de las distintas reglas de conflictos de leyes es que el acreedor sólo necesitará conocer una ley para determinar la prelación de su garantía en todos esos Estados. Éste es uno de los objetivos logrados, con respecto a los

créditos, por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y, con respecto a los valores en posesión de intermediarios, por la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos respecto de los valores en posesión de intermediarios.

5. Es de destacar que las reglas sobre conflicto de leyes serían necesarias incluso si todos los Estados hubiesen armonizado sus leyes en materia de operaciones garantizadas. Aun así, existirían casos en los que las partes tendrían que indicar el Estado cuyos requisitos se aplicarían. Por ejemplo, aunque las leyes de todos los Estados estableciesen que el requisito de publicidad de un derecho de garantía sin desplazamiento de la cosa se cumple mediante la inscripción en un registro público, habría que saber también en qué Estado debería efectuarse la inscripción.

b. Alcance de las reglas sobre conflictos de leyes

6. En el presente capítulo no se definen las garantías reales a las que se aplicarán las reglas sobre conflictos de leyes. Normalmente, a efectos de las normas sobre conflictos de leyes, la caracterización de un derecho como una garantía real reflejará el régimen de las garantías reales en un determinado ordenamiento jurídico. En principio, el juez aplicará su propia ley cuando deba calificar una cuestión a los efectos de seleccionar la regla de conflicto de leyes apropiada. No obstante, se plantea la cuestión de si las reglas sobre conflictos de leyes aplicables a las garantías reales deberían afectar también a otras operaciones funcionalmente similares a la garantía, aunque no entren en el ámbito de aplicación de un régimen de las operaciones garantizadas. Cuando los acuerdos de reserva de titularidad, los arrendamientos financieros, las consignaciones y otras operaciones similares no se rijan por las disposiciones de derecho sustantivo aplicables a las operaciones garantizadas, un Estado puede aun así hacer depender esos mecanismos de las reglas de conflictos de leyes aplicables a las operaciones garantizadas.

7. Se plantea un problema similar con respecto a ciertas transferencias no efectuadas con fines de garantía para las cuales es conveniente que el régimen aplicable a la constitución, divulgación y prelación sea el mismo que para una garantía real sobre la misma categoría de bienes. Cabe citar, como ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (y sus reglas sobre conflictos de leyes), que se aplica a las transferencias puras y simples de créditos, así como a los derechos de garantía sobre créditos (véase el párrafo a) del artículo 2). Este criterio obedece, entre otras cosas, a la necesidad de remitirse a una única ley para determinar la prelación entre las diversas partes reclamantes de un mismo crédito. En caso de conflicto de prelación entre el comprador de un crédito y el acreedor titular de una garantía sobre el mismo crédito, sería más difícil (y a veces imposible) determinar quién goza de prelación si la prelación del comprador se rigiera por las leyes del Estado A mientras que la del acreedor garantizado se rigiera por las leyes del Estado B.

8. Sea cual sea la decisión que adopten los legisladores sobre la gama de operaciones que entren en el ámbito de las reglas sobre conflictos de leyes, el alcance de esas reglas se limitará a los aspectos de propiedad de esas operaciones. Así pues, una regla sobre el derecho aplicable a la constitución de una garantía real determinará únicamente la ley que rija la constitución de un derecho real. La regla no sería aplicable a las obligaciones personales que tuvieran las partes en virtud de su contrato. Tales obligaciones se rigen por la ley aplicable a las obligaciones

contractuales que, a reserva de determinadas limitaciones, la mayoría de los ordenamientos jurídicos permiten a las partes elegir libremente en su contrato.

9. Una consecuencia natural del reconocimiento de la autonomía de las partes respecto de las obligaciones personales de las partes es que las reglas sobre conflicto de leyes aplicables a los aspectos del derecho real de las transacciones garantizadas son cuestiones que exceden los límites de la libertad contractual. Por ejemplo, no se puede permitir que el otorgante de una garantía y el acreedor garantizado elijan la ley aplicable a las cuestiones de prelación, habida cuenta de que ello no sólo podría afectar a los derechos de terceros, sino que además, en caso de controversia sobre el grado de prelación de una garantía entre dos acreedores garantizados concurrentes, podrían ser aplicables dos leyes diferentes que condujesen a soluciones contradictorias.

2. Reglas sobre conflictos de leyes para la constitución, divulgación y prelación de garantías reales

10. En general, la determinación del alcance de los derechos que confiere una garantía real requiere un análisis en tres etapas de las siguientes cuestiones:

a) La cuestión de si la garantía se ha constituido válidamente (véase el capítulo IV);

b) La cuestión de si la garantía es eficaz frente a terceros (véase el capítulo V); y

c) La cuestión del grado de prelación del acreedor garantizado (véase el capítulo VI).

11. No todos los ordenamientos jurídicos hacen distinciones conceptuales específicas sobre estas cuestiones. En algunos de ellos, el hecho de que un derecho real se haya constituido válidamente implica necesariamente que ese derecho es eficaz frente a terceros. Además, los ordenamientos jurídicos que distinguen claramente estas tres cuestiones no siempre establecen un régimen distinto para cada una de ellas. Por ejemplo, en el caso de una prenda con desplazamiento de la posesión en que se cumplan los requisitos para la validez de un derecho de garantía sobre un bien, generalmente la garantía es eficaz frente a terceros sin necesidad de adoptar ninguna otra medida.

12. La cuestión clave es la aplicabilidad de un único régimen de conflicto de leyes a las tres cuestiones. La otra posibilidad consiste en prever una mayor flexibilidad cuando resulte más apropiado que la ley aplicable a la divulgación o a la prelación sea distinta de la que rija la constitución del derecho. En aras de la simplicidad y de la certeza puede ser aconsejable adoptar una única regla que rija a la vez la constitución, la divulgación y la prelación de las garantías. Como ya se ha indicado, en los diferentes ordenamientos jurídicos no siempre se hace ni se entiende de igual modo esa distinción, con lo cual la implantación de distintas reglas sobre conflictos de leyes para estas cuestiones puede complicar el análisis o crear incertidumbre. No obstante, hay casos en que, al establecerse una regla distinta para las cuestiones de prelación, conviene tener en cuenta los intereses de terceros como, por ejemplo, los titulares de garantías no consensuales.

13. Otra importante cuestión es la de si, tanto si se trata de constitución como de divulgación o prelación de las garantías, conviene o no que la regla pertinente sobre

conflictos de leyes sea aplicable tanto a los bienes corporales como a los bienes inmateriales. De ser así se favorecería una regla basada en el Estado de ubicación del otorgante. Otra posibilidad consistiría en fijar el criterio del lugar en que se encuentra el bien gravado (*lex situs*), lo cual tendría, no obstante, el inconveniente de no ajustarse al caso de los créditos y a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (cuyo artículo 22 se remite a la ley del Estado donde esté situado el cedente, es decir, el otorgante de la garantía real).

14. Las consideraciones de simplicidad y certeza aconsejan que se adopte un mismo régimen sobre conflictos de leyes (como por ejemplo, la ley del Estado donde esté situado el otorgante de la garantía real) tanto para los bienes corporales como para los bienes inmateriales, especialmente si se aplica el mismo derecho a la constitución, a la divulgación y a la prelación de las garantías. Conforme a este criterio, bastaría con una consulta para cerciorarse de qué bienes del otorgante están gravados por garantías reales. No habría necesidad de orientación si cambiara la ubicación de los bienes gravados y tampoco haría falta distinguir entre la ley aplicable a los derechos con desplazamiento de la posesión y la aplicable a los derechos sin desplazamiento (ni determinar cuál de ellos prevalecería cuando hubiera un conflicto entre un derecho con desplazamiento que se rigiera por la ley del Estado A y una garantía sobre el mismo bien, pero sin desplazamiento, que se rigiera por la ley del Estado B).

15 Sin embargo, no todos los ordenamientos jurídicos consideran que la ley del Estado de ubicación del otorgante guarda suficiente relación con las garantías sobre bienes corporales (o, por lo menos, con los bienes "no móviles"). Además, convendría que la ley que rigiera la garantía fuera la misma que la que rigiera la venta de los mismos bienes. Esto significa que sólo sería viable aceptar la ley del otorgante para cada tipo de garantía si en general los ordenamientos jurídicos estuvieran dispuestos a aceptar esa regla para todas las transferencias.

16. Además, está casi universalmente aceptado que toda garantía con desplazamiento de la posesión debe regirse por la ley del lugar en que se encuentran los bienes; así pues, la adopción de la ley del Estado otorgante para las garantías con desplazamiento iría en contra de las expectativas razonables de los simples acreedores. En consecuencia, aun cuando la regla general fuera la del Estado de ubicación del otorgante, habría que hacer una excepción para las garantías reales con desplazamiento de la posesión.

17. Habida cuenta de que las reglas sobre conflicto de leyes aplicables pueden diferir según el carácter corporal o inmaterial de los bienes o la naturaleza posesoria o no posesoria de la garantía, se plantea la cuestión de determinar cuál es la regla sobre conflicto de leyes adecuada si se constituye un garantía real posesoria sobre un bien inmaterial. A este respecto, la mayoría de los ordenamientos jurídicos consideran bienes corporales determinadas categorías de bienes inmateriales incorporadas a un documento (tales como títulos negociables y conocimientos de embarque), lo que implica un reconocimiento de que se puede constituir una prenda sobre esos bienes inmateriales mediante la entrega del documento al acreedor. De este modo, la prenda se regiría por la ley del Estado donde se conserva el documento.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El ámbito de aplicación de la presente Guía se centra en los bienes comerciales, los bienes de equipo y los créditos*

comerciales. Si el Grupo de Trabajo decide ampliar ese ámbito para abarcar otras categorías de bienes inmateriales, como los créditos no comerciales, los depósitos bancarios, las cartas de crédito y la propiedad intelectual, tal vez desee estudiar la cuestión de si deberían existir reglas especiales sobre conflicto de leyes para estos tipos de bienes. Al examinar la cuestión, el Grupo de Trabajo podrá tener en cuenta el hecho de que una empresa consta de una parte notable de bienes de esta categoría y que, en particular, la falta de reglas sobre conflictos de leyes aplicables a la propiedad intelectual podría crear grandes dificultades en las operaciones comerciales.

Respecto de las reglas sobre conflicto de leyes aplicables a los valores bursátiles, el Grupo de Trabajo podrá remitirse a la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos respecto de los valores en posesión de intermediarios.

3. Efecto de todo cambio operativo subsiguiente en el factor de conexión

18. Cualquiera que sea el factor de conexión retenido para determinar la regla de conflictos de leyes que se estime más idónea para la cuestión controvertida, puede producirse algún cambio de índole operativa o circunstancial en ese factor, que lleve a declarar aplicable a la garantía una ley distinta, estando ya creada la garantía real. Por ejemplo, cuando la ley aplicable sea la del tribunal en cuyo territorio jurisdiccional el otorgante tenga su oficina central, cabe que el otorgante traslade su oficina central al territorio de otro país. De modo parecido, cuando la ley aplicable sea la del territorio donde estén ubicados los bienes gravados, cabe que esos bienes sean trasladados al territorio de otro país.

19. De no resolverse explícitamente estas cuestiones, cabría sobreentender una regla de derecho implícita al respecto. Cabría entender el régimen general de conflictos de leyes en materia de constitución de garantías reales, y en materia de publicidad y orden de prelación de las mismas, en el sentido de que, en el supuesto de producirse un cambio circunstancial en el factor de conexión determinante, la ley, inicialmente aplicable, seguirá siéndolo a toda cuestión que haya surgido antes de producirse el cambio (por ejemplo, a la constitución de la garantía), mientras la nueva ley, que sea subsiguientemente aplicable lo será a todo suceso que se produzca con posterioridad al cambio (por ejemplo, una cuestión de prelación que surja ulteriormente entre dos acreedores concurrentes).

20. El silencio de la ley en estas cuestiones pudiera, no obstante, dar lugar a interpretaciones divergentes. Por ejemplo, cabría entender que la ley aplicable subsiguiente pasará a regir también la constitución de la garantía de surgir una controversia de prelación con posterioridad al cambio sobrevenido (arguyendo que todo tercero que negocie con el otorgante debe poder determinar la ley aplicable a toda cuestión que pueda surgir, fiándose de la determinación actual del factor de conexión, que sería la ley que ese factor declare aplicable en la fecha de su trato con el otorgante).

21. Parece aconsejable formular una regla aplicable a estas cuestiones con miras a eliminar toda incertidumbre que pudiera haber, en particular, de producirse un cambio operativo en el factor de conexión que haga que ese factor deje de remitir a la ley de un Estado donde no se ha promulgado un régimen inspirado en las

directrices formuladas en la presente Guía y pase a remitir a la ley de un Estado donde sí se ha promulgado un régimen inspirado en esas directrices.

22. Se plantea una cuestión similar respecto de los bienes en tránsito. Algunos ordenamientos jurídicos establecen que se podrá constituir y divulgar válidamente un derecho de garantía sobre tales bienes en virtud de la ley del lugar de destino si los bienes se trasladan a ese lugar en un cierto plazo.

4. Reglas de conflictos de leyes para cuestiones de índole ejecutoria

23. Cuando se haya constituido una garantía real y se le haya dado publicidad con arreglo al derecho interno de un Estado, pero se desea que esa garantía sea ejecutable en el territorio de otro Estado, cabe preguntarse cuál será la vía o los medios ejecutorios de que dispondrá, en ese país, el acreedor garantizado. Esta cuestión puede ser de suma importancia práctica cuando el régimen ejecutorio de ambos Estados difiera sustancialmente. Por ejemplo, cabe que el régimen aplicable a la garantía real faculte al acreedor garantizado para ejecutarla sin recurso previo a la vía judicial, salvo que haya riesgo de ruptura de la paz social, mientras que la ley del lugar, donde se pretende ejecutar esa garantía, requiera una intervención judicial al respecto. Cada una de las soluciones posibles de esta cuestión conlleva ciertas ventajas y ciertos inconvenientes.

24. Una de esas opciones consistiría en someter toda medida ejecutoria a la ley del lugar donde se desee aplicarla, por ejemplo a la ley del foro (*lex fori*). Cabe aducir las siguientes razones a favor de esta regla:

a) La ley aplicable a la vía ejecutoria coincidiría con la ley normalmente aplicable a toda cuestión de índole procesal;

b) La ley aplicable a la vía ejecutoria coincidiría, en todo supuesto normal, con la ubicación de los bienes que vayan a ser objeto de la medida ejecutoria prevista (y podría coincidir asimismo con la ley aplicable al orden de prelación de los créditos, si las reglas de conflictos de leyes de la ley del foro designan la ley del lugar, de la ubicación de los bienes, como ley aplicable a las cuestiones de prelación);

c) Los requisitos aplicables serían los mismos para todo acreedor que trate de ejercitar algún derecho contra los bienes del otorgante, con independencia de que esos derechos tengan su origen en el derecho interno o en la ley de otro país.

25. Ahora bien, cabe que, la *lex fori* no responda a las expectativas de las partes. Cabe que las partes hayan previsto que sus respectivos derechos y obligaciones, de haberse de recurrir a la vía ejecutoria, serán determinados por la ley del lugar donde se haya constituido la garantía real. Por ejemplo, de permitirse la ejecución extrajudicial de la garantía real con arreglo a la ley del país donde se creó la garantía, el acreedor garantizado podría recurrir, conforme a esas expectativas, a la ejecución extrajudicial en el territorio del Estado donde haya de ejecutar su garantía, aun cuando el derecho interno de ese Estado no faculte normalmente para recurrir a esa vía.

26. Una solución que responda a toda expectativa justificada de las partes sugeriría la existencia de una regla que remitiera toda cuestión relativa a la vía ejecutoria a la ley aplicable a la creación de la garantía real. Esta solución evitaría tener que separar las cuestiones relativas a la vía ejecutoria de la garantía real de las

relativas a la índole de los derechos conferidos por dicha garantía. Esa separación no parece justificada cuando el recurso a la vía ejecutoria guarde una estrecha relación con los atributos conferidos por la garantía real a su beneficiario (por ejemplo, las medidas de que disponga un vendedor condicional pueden ser vistas como justificadas por el hecho de que siga siendo el propietario legítimo de los bienes). En la medida en que las reglas de conflictos de leyes aplicables a la prelación sean las mismas que las aplicables a la creación y publicidad de la garantía, otra ventaja de esta solución consistiría en que la ley de un solo país sería aplicable a las cuestiones relativas a la creación de la garantía real y a las cuestiones relativas a todo recurso eventual a la vía ejecutoria para hacer valer esa garantía.

27. Una tercera opción sería la de adoptar una regla por la que la ley aplicable a la relación contractual entre las partes fuera igualmente aplicable a la vía ejecutoria de la garantía real. Esto respondería a las expectativas de las partes y coincidiría también, en muchos supuestos, con la ley aplicable a la constitución de la garantía real, dado que esa ley suele ser designada como ley aplicable al contrato. Ahora bien, conforme a este enfoque, las partes gozarían de autonomía para elegir, como ley aplicable a toda cuestión de índole ejecutoria, una ley distinta de la *lex fori* o de la ley aplicable a la constitución, la publicidad o la prelación de la garantía real. Esta solución podría ser desfavorable a todo tercero que tal vez se viera así privado de toda pista segura para determinar la índole de las medidas ejecutorias de que disponía el acreedor garantizado sobre determinados bienes de su común deudor.

28. Por ello, toda remisión de las cuestiones ejecutorias a la ley aplicable a la relación contractual de las partes deberá estar complementada por excepciones que amparen los derechos de terceros, y deberá remitir también a toda regla de derecho imperativo, por lo demás aplicable, de la *lex fori* o de la ley aplicable a las cuestiones de validez y de publicidad de la garantía real. Toda cuestión de índole procesal se regirá, en cualquier caso, por la *lex fori*. A resultas de todo ello, diversas cuestiones de interés para la vía ejecutoria podrían tener por ley aplicable el derecho interno de diversos países.

5. El impacto de la insolvencia sobre las reglas de conflictos de leyes

29. Como se señaló en el capítulo sobre la insolvencia (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6 párr. ...), una garantía real que fuera, en general, eficaz frente al otorgante y a terceros al margen de todo proceso de insolvencia, debería continuar siendo eficaz en caso de que se iniciase un proceso de esa índole. Del mismo modo, el hecho de que hubiera insolvencia no debería dejar sin efecto las reglas sobre conflictos de leyes aplicables a la constitución, la publicidad y, a reserva de algunas excepciones, al orden de prelación de una garantía real.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Cabría también considerar el impacto eventual de la insolvencia sobre toda regla de conflictos de leyes aplicable a las medidas ejecutorias, así como la conveniencia de que esta cuestión se abordara en la Guía o de dejarla al arbitrio de lo que se decida en el contexto de la Guía relativa al régimen de la insolvencia.*]

B. Resumen y recomendaciones

30. La constitución, la publicidad y la prelación de las garantías reales con desplazamiento sobre bienes corporales, dinero, títulos y valores negociables se regirán por la ley del Estado donde se ubica el bien gravado.

31. La constitución, la publicidad y la prelación de las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes inmateriales se regirán por la ley del Estado donde está ubicado el otorgante.

32. Respecto de las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes corporales, se podrán analizar las siguientes variantes:

Variante 1

La creación y la publicidad de toda garantía real sin desplazamiento constituida sobre bienes corporales se regirán por la ley del Estado donde esté ubicado el otorgante de la garantía, pero la prelación de tal garantía real se regirá por la ley del Estado donde se encuentre el bien gravado.

Variante 2

La creación, la publicidad y la prelación de una garantía real sin desplazamiento sobre bienes corporales se regirán por la ley del Estado donde estén ubicados los bienes gravados, con excepción de los bienes muebles, cuando esas cuestiones se rijan por la ley del Estado donde esté ubicado el otorgante.

33. Si un Estado adopta la variante 2, tal vez desee estudiar la adopción de una regla adicional para los bienes en tránsito, en virtud de la cual la constitución y publicidad de una garantía real sobre dichos bienes serían válidas con arreglo a la ley del lugar de destino de los bienes, con tal de que éstos fueran trasladados a ese lugar dentro de cierto plazo.

34. En las reglas anteriormente mencionadas no se hace mención expresa del producto de los bienes, en el entendimiento de que las reglas de conflictos de leyes relativas al producto de los bienes remitirán, en principio, a la ley que sea aplicable a la garantía real inicialmente constituida sobre dichos bienes o sobre bienes de dicha categoría.

35. Toda garantía real válidamente creada y debidamente notificada con arreglo al derecho de un Estado distinto del Estado promulgante seguirá estando válidamente constituida y debidamente notificada en el Estado promulgante a cuyo derecho interno remita el factor de conexión pertinente, tras algún cambio operativo de dicho factor, si se cumplen los requisitos de publicidad del Estado promulgante durante cierto período de gracia. Esta regla supondría que las cuestiones relativas a la constitución de la garantía seguirán rigiéndose por la ley que les sea inicialmente aplicable, mientras que las cuestiones de publicidad (y de prelación, en la medida en que la prelación se rija por la misma ley que la publicidad) se regirían, tras ese cambio del factor, por la ley del Estado promulgante.

36. Respecto de la ley aplicable a las cuestiones ejecutorias, cabe analizar las siguientes variantes:

Variante 1

Toda cuestión de derecho sustantivo que afecte a la ejecución de la garantía real del acreedor se regirá por la ley del lugar donde pretenda ejecutar su garantía.

Variante 2

Toda cuestión de derecho sustantivo que afecte a la ejecución de una garantía real del acreedor se regirá por la ley aplicable a la constitución [y a la prelación] de la garantía real.

Variante 3

Toda cuestión sustantiva que afecte a la ejecución de una garantía real del acreedor se regirá por la ley aplicable a la relación contractual entre el acreedor garantizado y el otorgante, con la salvedad de [...].

37. La ley podrá disponer expresamente que en caso de producirse en insolvencia, las normas por la que ésta se rige no reemplazarán a las reglas sobre conflictos de leyes aplicables a la constitución y publicidad de una garantía real. Respecto de la prelación, la ley que se hubiese determinado en virtud de las reglas sobre conflictos de leyes debería continuar rigiendo esa situación jurídica, a reserva de las disposiciones imperativas del régimen de la insolvencia del Estado promulgante.

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8

Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su cuarto período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas Informe del Secretario General

ADICIÓN

Índice

	Párrafos
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-22
XI. Cuestiones de transición	1-22
A. Observaciones generales	1-14
1. La necesidad de disposiciones transitorias	1-5
2. Cuestiones que habrán de abordarse en las disposiciones transitorias	6-14
a. Observaciones generales	6
b. Validez entre las partes de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor	7
c. Validez frente a terceros de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor	8-9
d. Cuestiones de prelación	10-13
e. Controversias sometidas a un tribunal judicial o arbitral	14
B. Resumen y recomendaciones	15-22

XI. Cuestiones de transición

A. Observaciones generales

1. La necesidad de disposiciones transitorias

1. Las normas incluidas en el nuevo régimen jurídico de las operaciones garantizadas serán diferentes de las que figuran en el régimen anterior. Obviamente, esas diferencias repercutirán en las operaciones garantizadas que se lleven a cabo una vez que se promulgue la nueva legislación. También se deberá tomar en cuenta el efecto que tendrá la nueva legislación sobre las operaciones en curso que se hubiesen concertado antes de la entrada en vigor del nuevo régimen jurídico. A la luz de las diferencias existentes entre el antiguo y el nuevo régimen jurídico y la continuidad de las operaciones y de las garantías reales constituidas en virtud del antiguo régimen legal, es importante, para la eficacia del nuevo régimen, que contenga normas justas y eficaces, que rijan la transición del antiguo al nuevo régimen jurídico. En este contexto, se deberán abordar dos cuestiones que están relacionadas entre sí, pero que son, al mismo tiempo, diferentes. En primer lugar, en

el nuevo régimen deberá figurar la fecha a partir de la cual surtirá efectos jurídicos (la "fecha de validez"). En segundo lugar, el nuevo régimen también deberá definir la forma en que, en su caso, será aplicable, tras su entrada en vigor, a todo lo relativo a las operaciones o garantías reales preexistentes a la fecha de validez.

2. Deben analizarse varios factores para determinar la fecha de entrada en vigor de la legislación. Debe compaginarse la rápida obtención de beneficios económicos, que posibilitará la nueva legislación, con la necesidad de evitar la inestabilidad y la perturbación de los mercados que serán regidos por el nuevo régimen jurídico, dando también a los participantes en el mercado un plazo suficiente para adaptar sus operaciones al nuevo régimen, que podrá diferir significativamente del anterior. Por consiguiente, el Estado podrá disponer que el nuevo régimen entrará en vigor en un plazo posterior a su promulgación, a fin de que los mercados y sus participantes puedan ajustar sus operaciones al nuevo régimen jurídico. Al determinar la fecha de entrada en vigor, los Estados deberán analizar: la importancia de la fecha de validez del nuevo régimen para toda decisión de otorgar o no crédito; el aprovechamiento máximo de toda ventaja del nuevo régimen; las medidas de índole reglamentaria, institucional, informativa o de otra índole, o las mejoras de infraestructura que un Estado promulgante deba realizar; la situación imperante en el marco del régimen aún en vigor y las infraestructuras preexistentes; la armonización del nuevo régimen de las operaciones de crédito garantizadas con otras disposiciones legislativas; los límites constitucionales de la retroactividad de la nueva legislación; y las prácticas habitualmente seguidas para fijar convenientemente la entrada en vigor de toda nueva ley (por ejemplo, el primer día de un mes).

3. Dado que las deudas que se encuentran garantizadas con los bienes del otorgante son pagaderas a plazo, probablemente existirán varias garantías constituidas con anterioridad a la fecha de validez que continuarán existiendo hasta esa fecha y con posterioridad a ella, para garantizar las deudas que aún no hayan sido canceladas. Por lo tanto, como se observó más arriba, otra decisión importante que deberá adoptarse respecto de toda nueva legislación es la de la aplicabilidad eventual de ese nuevo régimen legal a las cuestiones relativas a las operaciones concertadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen.

4. Un método consistiría en que el nuevo régimen se aplicara sin retroactividad y que, por ende, no fuera aplicable a las operaciones concertadas antes de la fecha de entrada en vigor. Pese a que responde a cierta lógica, en particular respecto de toda cuestión que surja entre el otorgante y el acreedor garantizado, este método daría lugar a notables dificultades, especialmente en lo relativo al orden de prelación. El principal problema radicaría en la necesidad de resolver las cuestiones de prelación entre un acreedor garantizado cuya garantía real se hubiese constituido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor y un acreedor garantizado concurrente a favor de quien se hubiera constituido una garantía real sobre el mismo bien pero después de la entrada en vigor del nuevo régimen. Dado que la prelación es un concepto comparativo, y que la misma norma relativa al orden de prelación debe regir las dos garantías reales que se comparan, no sería posible que el antiguo régimen rigiese la prelación de los derechos del acreedor cuya garantía real se hubiera constituido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen legal y que éste último rigiese la prelación de los derechos del acreedor cuya garantía real se hubiera constituido después de tal fecha. La determinación de la regla de prelación que se aplica a tal conflicto de prelación es una cuestión que

presenta varias dificultades. La eficacia de algunos de los aspectos más importantes del nuevo régimen se vería menoscabada por la aplicación de las normas del antiguo régimen para resolver tales conflictos de prelación, lo que podría retrasar, por un largo período, la obtención de los beneficios económicos derivados del nuevo régimen. Por otra parte, la aplicación de las normas del nuevo régimen a la solución de tales conflictos de prelación podría causar un perjuicio injusto a las partes que actuaran de conformidad con el antiguo régimen y también podría alentar a esas partes a impugnar el nuevo régimen o a abogar por la postergación indebida de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen.

5. Por otra parte, con la aplicación del nuevo régimen a todas las operaciones a partir de la fecha de su entrada en vigor se podría fomentar un mayor grado de certidumbre y una obtención más rápida de los beneficios económicos que se deriven de ese nuevo régimen. Pero tal régimen deberá contar con las "disposiciones transitorias" necesarias para garantizar una transición eficaz sin que se menoscabe el grado de la prelación de las garantías reales constituidas antes de la fecha de su entrada en vigor. Dicho método evitaría los problemas señalados más arriba, y por otra parte fomentaría un justo y eficaz equilibrio entre los derechos de las partes que actuaran de conformidad con el antiguo régimen y aquéllas que actuaron de acuerdo con el nuevo régimen.

2. Cuestiones que habrán de abordarse en las disposiciones transitorias

a. Observaciones generales

6. Habida cuenta de que muchas garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen continuarán existiendo después de esa fecha, y dado que pueden entrar en conflicto con las garantías reales constituidas después de la fecha de entrada en vigor de la nueva legislación, es importante que el nuevo régimen contenga disposiciones transitorias claras que determinen en qué medida las nuevas normas se aplicarán a esas garantías preexistentes. Convendría que estas disposiciones transitorias abordaran adecuadamente las firmes expectativas de las partes, así como la necesidad de contar con un marco jurídico de certeza y previsibilidad para concertar operaciones en el futuro. Las disposiciones transitorias deberán determinar cómo se aplicarán las nuevas normas, después de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, entre las partes en una operación por la que se haya constituido una garantía real antes de la fecha de entrada en vigor de dicho régimen. Tales disposiciones también deberán regular en qué medida las nuevas normas se aplicarán, después de la fecha de su entrada en vigor, a la resolución de conflictos de prelación entre el titular de una garantía real y un acreedor concurrente, cuando la constitución de la garantía real o los derechos del acreedor concurrente sean anteriores a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen.

b. Validez entre las partes de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor

7. Cuando una garantía real se ha constituido antes de la fecha de entrada en vigor de un nuevo régimen, se plantean dos cuestiones en cuanto a la eficacia de ese derecho entre las partes el otorgante y el acreedor. La primera es la de determinar si una garantía real que no hubiere surtido efecto entre las partes con arreglo al régimen legal anteriormente en vigor, pero que sí sería válida, de ser aplicable el nuevo régimen, habrá de tenerse por válida a partir de la fecha de la entrada en

vigor del nuevo régimen. La segunda cuestión es la de determinar si una garantía real que fuera válida entre las partes con arreglo al régimen legal anterior, pero que dejaría de serlo si se aplicara el nuevo régimen, dejará o no de ser válida entre las partes en la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen. Tal método pondría en evidencia el hecho de que las normas del nuevo régimen relativas a la validez de las garantías entre las partes engloban la elección de las políticas más recientes de un Estado relativas a los requisitos de validez, al tener en cuenta la protección de las partes en las operaciones, y que, generalmente, las propias partes propugnarán, presumiblemente, la validez de toda operación realizada. Respecto de la primera cuestión, tal vez proceda declarar que esa garantía real será válida a partir de la fecha de validez del nuevo régimen. Respecto de la segunda cuestión, tal vez convenga establecer un plazo de transición, durante el cual la garantía real seguirá surtiendo efecto entre las partes, a fin de permitir que el acreedor adopte las medidas requeridas durante dicho plazo de transición para que su garantía surta efecto con arreglo al nuevo régimen. Al concluir el plazo de transición, la garantía será válida entre las partes con arreglo al nuevo régimen.

c. Validez frente a terceros de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor

8. Se plantean distintas cuestiones en cuanto a la validez frente a terceros de las garantías reales que se hayan constituido antes de la fecha de validez del nuevo régimen. Habida cuenta de que el nuevo régimen incorporará principios de orden público interno relativos a las diligencias que han de cumplirse para que una garantía real surta efecto frente a terceros, convendría que el ámbito de aplicación del nuevo régimen fuera lo más amplio posible. Con todo, quizá no sea razonable suponer que todo acreedor cuya garantía real fuera válida frente a terceros conforme al régimen anterior vaya a cumplir inmediatamente todo requisito suplementario que le imponga el nuevo régimen. Dicha situación sería especialmente onerosa para los acreedores institucionales, que deberían cumplir simultáneamente los requisitos suplementarios exigidos por el nuevo régimen respecto de una gran cantidad de operaciones concertadas antes de la fecha de la entrada en vigor. Un método más conveniente consistiría en que toda garantía real que fuera válida frente a terceros con arreglo al régimen anterior, pero que dejaría de serlo conforme al nuevo régimen, conservara su validez durante un período razonable (prescrito en el nuevo régimen), a fin de dar tiempo al acreedor para cumplir todo requisito adicional que le imponga el nuevo régimen. Al concluir el período de transición, la garantía dejaría de ser válida frente a terceros, a menos que lo fuera también en virtud del nuevo régimen.

9. Si la garantía real no era válida frente a terceros conforme al anterior régimen pero lo sería, con todo, con arreglo al nuevo, esa garantía real debería surtir efecto frente a terceros tan pronto entrara en vigor el nuevo régimen. Una vez más, se presume que la intención de las partes es que la garantía surta efecto entre ellas, mientras que los terceros gozarán de toda la protección otorgada por el nuevo régimen.

d. Cuestiones de prelación

10. En el supuesto de las cuestiones de prelación, se plantean problemas totalmente distintos, ya que cuando se trata de tales cuestiones debe aplicarse,

necesariamente, un conjunto de normas a dos (o más) garantías diferentes constituidas en distintos momentos. Un ordenamiento jurídico no puede disponer, sin más, que una norma en materia de prelación vigente en el momento de constituirse una garantía rija la prelación con respecto a esa garantía. Por el contrario, deben existir normas que regulen cada una de las siguientes situaciones: i) cuando las dos garantías reales se hayan constituido después de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, ii) cuando ambas garantías reales se hayan constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, y iii) cuando una garantía real se haya constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen y la otra después de esa fecha.

11. Naturalmente, la situación más sencilla sería un conflicto de prelación entre dos partes cuyas garantías se hubieran constituido después de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen. En tal situación, es evidente que el conflicto se resolvería aplicando las normas del nuevo régimen en materia de prelación.

12. En cambio, si ambas garantías concurrentes se hubieran constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen (y, por consiguiente, la prelación relativa de ambas garantías reales sobre los bienes gravados se hubiera establecido con anterioridad a esa fecha) y si, además, no hubiera ocurrido nada (aparte de la fecha de entrada en vigor) que hiciese cambiar la prelación relativa, en aras de la estabilidad de las relaciones convendría que no se modificase la prioridad establecida antes de la fecha de entrada en vigor. Sin embargo, si después de la fecha de entrada en vigor se produjera algún hecho que pudiera haber afectado la prelación incluso en virtud del antiguo régimen, habría menos motivos para seguir aplicando las antiguas normas para resolver una cuestión de prelación modificada por un hecho posterior a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen. Por lo tanto, cobra más peso el argumento a favor de que esa situación se rija por las nuevas normas.

13. La situación de transición más compleja es el conflicto de prelación entre una parte con una garantía real constituida antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen y otra parte con una garantía real constituida después de esa fecha. En tal supuesto, si bien conviene que acabe prevaleciendo el nuevo régimen, tal vez proceda aplicar una regla de transición que ampare al acreedor cuya garantía se haya constituido conforme al régimen anterior, dándole tiempo para adoptar toda medida necesaria para preservar su garantía conforme al nuevo régimen. Si esas medidas se adoptan dentro del plazo establecido, el nuevo régimen deberá otorgar a ese acreedor la prelación de que gozaría si el nuevo régimen hubiera estado en vigor en el momento en que se negoció la operación original, adoptándose en ese momento toda medida que fuera del caso.

e. Controversias sometidas a un tribunal judicial o arbitral

14. Cuando una controversia ya se esté dirimiendo ante los tribunales (o por otra vía similar) en la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, la introducción de tal régimen no alterará el resultado del litigio, puesto que los derechos de las partes ya estarán suficientemente consolidados. Por consiguiente, esta controversia no debería resolverse aplicando el nuevo régimen.

B. Resumen y recomendaciones

15. Todo nuevo régimen de las operaciones garantizadas deberá enunciar la fecha a partir de la cual, tras su promulgación, entrará en vigor (la "fecha de validez").

16. Los Estados podrían tener en cuenta las siguientes consideraciones al determinar la fecha de entrada en vigor: la importancia de la fecha de validez del nuevo régimen para toda decisión de otorgar o no crédito; el aprovechamiento máximo de toda ventaja del nuevo régimen; las medidas de índole reglamentaria, institucional, informativa u otras disposiciones o mejoras de infraestructura que deba adoptar un Estado promulgante; la situación imperante en el marco del régimen en vigor y otras cuestiones de infraestructura previa; la armonización del nuevo régimen de las operaciones de crédito garantizadas con la legislación general del país; el contenido de toda norma de rango constitucional que obligue a respetar los términos de las operaciones concertadas con anterioridad a la fecha de validez; y las prácticas habitualmente seguidas para la entrada en vigor de toda nueva ley (por ejemplo, el primer día de un mes).

17. El nuevo régimen jurídico deberá establecer un período, a partir de la fecha de entrada en vigor de la nueva legislación (el "período de transición"), durante el cual los acreedores titulares de garantías reales válidas frente al otorgante y a terceros con arreglo al antiguo régimen jurídico puedan adoptar medidas para asegurar que dichas garantías sean válidas también frente al otorgante y a terceros conforme al nuevo régimen. Si esas medidas se adoptan durante el período de transición, la legislación deberá disponer que no habrá solución de continuidad en la validez de las garantías reales del acreedor frente a dichas partes.

18. El nuevo régimen jurídico deberá establecer normas claras para resolver las siguientes cuestiones: i) qué ley se aplica a los conflictos de prelación entre garantías constituidas después de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen; ii) qué ley se aplica a los conflictos de prelación entre garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor de dicho régimen; iii) qué ley se aplica a los conflictos de prelación entre garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor y garantías constituidas después de esa fecha.

19. El nuevo régimen deberá establecer que será aplicable a los conflictos de prelación entre las garantías constituidas después de la fecha de su entrada en vigor.

20. El nuevo régimen deberá disponer que, en general, la prelación entre las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen se regirá por el antiguo régimen. Sin embargo, el nuevo régimen también podría establecer que solamente se aplicaran las normas del antiguo régimen cuando no se produjera ningún acontecimiento después de la fecha de entrada en vigor que hubiera modificado la prelación en virtud del antiguo régimen. De ocurrir tal acontecimiento, el nuevo régimen determinaría la prelación.

21. Respecto de la prelación entre las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor y después de ésta, el nuevo régimen será aplicable siempre que el titular de una garantía constituida antes de esa fecha pueda, durante el período de transición, mantener la prelación bajo el nuevo régimen, tomando todas las medidas necesarias en virtud de ese régimen. Durante el período de transición, las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor conservarán su prelación como si el nuevo régimen no hubiese entrado en vigor. Si se adoptan las medidas adecuadas

durante ese período, el titular de la garantía constituida antes de la entrada en vigor tendrá la prelación de que gozaría si el nuevo régimen hubiera estado en vigor en el momento en que se negoció la operación original, adoptándose en ese momento toda medida que fuera del caso.

22. Cuando una controversia ya se esté dirimiendo ante los tribunales (o por otra vía similar) en la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, no deberá resolverse la controversia aplicando ese régimen.

C. Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su segundo período de sesiones conjunto (Nueva York, 26 a 29 de marzo de 2004) (A/CN.9/550) [Original: inglés]

El documento arriba indicado figura en la sección H del capítulo I de la segunda parte, página 456.

D. Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su quinto período de sesiones (Nueva York, 22 a 25 de marzo de 2004) (A/CN.9/549) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
I.	Introducción	1-9
II.	Organización del período de sesiones	10-15
III.	Deliberaciones y decisiones	16
IV.	Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	17-64
	Capítulo VI. Prelación (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párrs. 78 a 90)	17-20
	Prelación de las garantías reales con desplazamiento (párr. 82)	18-20
	Capítulo X. Conflicto de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7, párrs. 30 a 37))	21-34
	A. Ley aplicable a las garantías reales con desplazamiento sobre bienes corporales y a las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes inmateriales (párrs. 30 y 31)	22
	B. Ley aplicable a las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes corporales (párr. 32)	23-25
	C. Ley aplicable a las garantías reales constituidas sobre bienes en tránsito (párr. 33)	26
	D. Ley aplicable a las garantías reales constituidas sobre el producto de los bienes gravados (párr. 34)	27
	E. Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes trasladados del territorio de una jurisdicción a otro (párr. 35)	28
	F. Ley aplicable a la ejecución de una garantía real (párr. 36)	29-33
	G. Ley aplicable a la ejecución de una garantía real en un supuesto de insolvencia (párr. 37)	34
	Capítulo V. Publicidad (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2)	35-64
	A. Privación de la posesión (párrs. 7 a 16)	36
	B. Notificación y control (párrs. 17 a 23)	37-38
	C. Inscripción en un registro de la propiedad (párrs. 24 a 31)	39
	D. Inscripción en un registro de operaciones garantizadas (párrs. 32 y 33)	40-43
	E. Inscripción del documento o de una notificación (párrs. 34 a 37)	44
	F. Índice de otorgantes o índice de bienes gravados (párrs. 38 a 42)	45
	G. Contenido mínimo de la notificación inscrita (párrs. 43 a 53)	46-50

H. Duración de la validez de una inscripción (párrs. 56 a 58) 51-52
I. Consideraciones tecnológicas (párrs. 59 a 61) 53
J. Responsabilidad por todo error del sistema (párrs. 62 a 64) 54
K. Derecho abonables por concepto de inscripción (párr. 65) 55
L. Privacidad y confidencialidad (párrs. 66 y 67) 56
M. Inscripción pública por adelantado (párrs. 68 a 70) 57-58
N. Condicionamientos de la prelación (párrs. 71 a 73) 59
O. Inscripción registral y ejecutoriedad (párrs. 74 y 75) 60
P. Inscripción de la titularidad de un bien y dispositivos similares (párrs. 76 a 83) 61-62
Q. Otras modalidades de publicidad (párrs. 84 y 85) 63
R. Validez de las garantías reales sin publicidad (párrs. 86 a 96) 64
V. Labor futura 65

I. Introducción

1. En su actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo continúa la labor relativa a la elaboración de "un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes que sean objeto de alguna actividad comercial"[1]. La decisión de la Comisión de emprender la labor sobre el régimen de los créditos garantizados se adoptó en respuesta a la necesidad de contar con un régimen legal eficiente que eliminara los obstáculos jurídicos impuestos a los créditos garantizados y que pudiera por lo tanto repercutir favorablemente en el acceso al crédito y en su costo[2].

2. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión examinó un informe preparado por la Secretaría sobre cuestiones que debían abordarse en lo relativo al régimen de los créditos garantizados (A/CN.9/475). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que la legislación sobre créditos garantizados era un tema importante que se había señalado a la atención de la Comisión en el momento oportuno, habida cuenta en particular del estrecho vínculo que tenía con la labor que realizaba acerca del régimen de la insolvencia. La opinión generalizada era que una legislación moderna sobre créditos garantizados repercutiría favorablemente en el acceso al crédito y en su costo y, por lo tanto, en el comercio internacional. También se consideró que un régimen moderno en materia de créditos garantizados podía reducir las desigualdades en el acceso a créditos de bajo costo entre partes de países desarrollados y de países en desarrollo, y en la proporción que correspondía a ambas de los beneficios del comercio internacional. Sin embargo, se advirtió que para que ese régimen fuese aceptable para los Estados, debía lograr un equilibrio adecuado en el tratamiento de los acreedores privilegiados, los acreedores

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/56/17), párr. 358.
[2] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/55/17), párr. 455, y *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/56/17), párr. 347.

con garantías y los acreedores comunes. Se señaló también que, habida cuenta de las diferencias en las normas entre los Estados, sería aconsejable adoptar un criterio flexible con miras a preparar una serie de principios con una guía, y no una ley modelo[3].

3. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión examinó otro informe preparado por la Secretaría (A/CN.9/496) y convino en que se iniciara una labor en vista del impacto económico favorable que tendría un régimen moderno en materia de créditos garantizados. Se afirmó que la experiencia había demostrado que las deficiencias en ese ámbito podían tener efectos muy negativos en el sistema económico y financiero de un país. Se observó asimismo que un marco jurídico eficaz y previsible tenía ventajas macroeconómicas tanto a corto como a largo plazo. A corto plazo, concretamente, cuando el sector financiero de un país atravesara una crisis, era indispensable contar con un marco jurídico eficaz y previsible, especialmente en lo relativo a la ejecución de créditos financieros, a fin de ayudar a los bancos y a otras instituciones financieras a mitigar el deterioro de sus créditos mediante mecanismos de ejecución rápida y de facilitar la reestructuración empresarial ofreciendo un medio para dar incentivos de financiación provisional. A más largo plazo, un marco jurídico flexible y eficaz en materia de derechos de garantía podría ser un instrumento útil para potenciar el crecimiento económico. De hecho, si no había acceso a créditos de costo asequible, era imposible fomentar el crecimiento económico, la competitividad y el comercio internacional, pues se limitaría la posibilidad de expansión de las empresas y el desarrollo de todo su potencial[4]. En cuanto a la forma que habría de revestir su labor, la Comisión consideró que una ley modelo sería demasiado rígida y tomó nota de las sugerencias formuladas en el sentido de elaborar un conjunto de principios con una guía legislativa que incluyera recomendaciones legislativas[5].

4. En su primer período de sesiones, celebrado en Nueva York del 20 al 24 de mayo de 2002, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos I a V y X (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y adiciones 1 a 5 y 10) del primer anteproyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, preparado por la Secretaría. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas de esos capítulos (véase A/CN.9/512, párr. 12). En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó también sugerencias de que se explicara el funcionamiento de sistemas modernos de inscripción registral a fin de obtener la información necesaria para abordar los problemas señalados con respecto al registro público de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles (véase A/CN.9/512, párr. 65). En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en la importancia de la coordinación con el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en cuestiones de interés mutuo y respaldó las conclusiones de ese Grupo con respecto a esos asuntos (véase A/CN.9/512, párr. 88).

5. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión examinó el informe del primer período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/512). Se consideró en general que la guía legislativa constituía una oportunidad propicia para que la Comisión ayudara a los Estados a promulgar legislación moderna sobre

[3] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/55/17), párr. 459.
[4] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/56/17), párr. 351.
[5] Ibíd., párr. 357.

operaciones garantizadas, que en general se consideraba una condición necesaria, aunque no suficiente por sí sola, para aumentar el acceso a créditos de bajo costo y facilitar así el movimiento transfronterizo de bienes y servicios, el desarrollo económico y, en último término, las relaciones amistosas entre los países. A ese respecto, la Comisión tomó nota con satisfacción de que el proyecto había despertado el interés de organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, y de que algunas de ellas participaban intensamente en las deliberaciones del Grupo de Trabajo. En ese período de sesiones, la Comisión consideró también que su iniciativa era muy oportuna, habida cuenta de las iniciativas legislativas pertinentes en curso en los planos nacional e internacional y de la labor de la propia Comisión sobre el régimen de la insolvencia. Tras un debate, la Comisión confirmó el mandato que habían encomendado al Grupo de Trabajo en su 34º período de sesiones de que elaborara un régimen legal eficiente para regular las garantías reales constituidas sobre bienes, incluidas las existencias. La Comisión también confirmó que el mandato del Grupo de Trabajo se debía interpretar en un sentido amplio con miras a obtener un producto final suficientemente flexible que adoptara la forma de una guía legislativa[6].

6. En su segundo período de sesiones, celebrado en Viena del 17 al 20 de diciembre de 2002, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos VI, VII y IX (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y adiciones 6, 7 y 9) del primer anteproyecto de guía sobre las operaciones garantizadas, preparado por la Secretaría. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas de esos capítulos (véase A/CN.9/531, párr. 15). Paralelamente a ese período de sesiones y conforme a las sugerencias formuladas en el primer período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/512, párr. 65), se hizo una presentación oficiosa de los sistemas de registro de los derechos reales sobre bienes muebles en Nueva Zelandia y en Noruega. Inmediatamente antes de ese período de sesiones, los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) celebraron su primer período de sesiones conjunto, en Viena los días 16 y 17 de diciembre de 2002, durante el cual se examinó la versión revisada del antiguo capítulo X (nuevo capítulo IX; A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5) sobre la insolvencia. En ese período de sesiones se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de dicho capítulo (véase A/CN.9/535, párr. 8).

7. En su tercer período de sesiones, celebrado en Nueva York del 3 al 7 de marzo de 2003, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos VIII, XI y XII del primer anteproyecto de guía sobre las operaciones garantizadas (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11 y A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12) y los capítulos II y III (párrs. 1 a 33) de la segunda versión del proyecto de guía (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 y A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3) y pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de esos capítulos (A/CN.9/532, párr. 13).

8. En su 36º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de sus períodos de sesiones segundo y tercero (A/CN.9/531 y A/CN.9/532), así como el informe de los Grupos de Trabajo V y VI sobre la labor de su primer

[6] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párrs. 202 a 204.

período de sesiones conjunto (A/CN.9/535). La Comisión tomó nota con reconocimiento del avance de la labor del Grupo de Trabajo[7].

9. En su cuarto período de sesiones, celebrado en Viena del 8 al 12 de septiembre de 2003, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos IV (Constitución de garantías reales), IX (Insolvencia), I (Introducción), II (Objetivos clave) y los párrafos 1 a 41 del capítulo VI (Prelación) y pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas de esos capítulos (véase A/CN.9/543, párr. 15).

II. Organización del período de sesiones

10. El Grupo de Trabajo, que estuvo formado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su quinto período de sesiones en Nueva York del 22 al 25 de Marzo de 2004. Al período de sesiones asistieron los representantes de los siguientes Estados miembros de la Comisión: Alemania, Austria, Burkina Faso, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, India, Italia, Japón, Kenya, México, Sierra Leona, Sudán, Suecia, Tailandia y Uganda.

11. Asistieron también al período de sesiones los observadores de los siguientes Estados: Argentina, Australia, Belarús, Bélgica, Cuba, Filipinas, Ghana, Indonesia, Irlanda, Jamahiriya Árabe Libia, Kuwait, Madagascar, Mongolia, Nigeria, Omán, Países Bajos, Perú, Polonia, Qatar, República Checa, República de Corea, Santa Sede, Serbia y Montenegro, Suiza, Turquía y Viet Nam.

12. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones nacionales o internacionales: a) organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial; Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) b) organizaciones intergubernamentales: Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana (AALCO), Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD); c) organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión: American Bar Association (ABA), Asociación Europea de Estudiantes de Derecho Cámara de Comercio Internacional (CCI), Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Centre pour la Recherche et l' Étude du Droit Africain Unifié (CREDAU), Commercial Finance Association (CFA), Federación Internacional de Profesionales en Materia de Insolvencia (INSOL), Grupo de Trabajo Internacional sobre el Régimen Europeo de la Insolvencia, Instituto de Derecho Internacional, Instituto Max Planck de Derecho Extranjero y Derecho Internacional Privado, Internacional Insolvency Institute (III), International Swaps and Derivates Association (ISDA) y Unión Internacional de Abogados (UIA).

13. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidente: Sra. Kathryn SABO (Canadá)

Relator: Sra. Masami Nakashima (Japón)

[7] Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párrs. 215 a 222.

14. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: (A/CN.9/WG.VI/WP.9 y adiciones 1 (Prácticas en materia de garantías reales), 2 (Publicidad y registro), 3 (Prelación), 4 (Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento), 7 (Conflicto de leyes) y 8 (Transición), así como A/CN.9/WG.VI/WP.11 y adiciones 1 (Introducción y objetivos clave) y 2 (Constitución de garantías reales).

15. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de la guía legislativa sobre las operaciones garantizadas.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

16. El Grupo de Trabajo examinó los capítulos V (Publicidad) VI (Prelación) y X (Conflicto de leyes) del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas (en adelante "proyecto de guía legislativa"). Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo figuran *infra* en la parte IV. Se solicitó a la secretaría que preparase, sobre la base de esas deliberaciones y decisiones, una versión revisada de los capítulos de la guía legislativa que fueron examinados en el período de sesiones.

IV. Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Capítulo VI. Prelación (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párrs. 78 a 90)

17. El Grupo de Trabajo recordó que, en su cuarto período de sesiones, había examinado los párrafos 34 a 41 del capítulo VI (véase A/CN.9/543, párrs. 103 a 120). Ahora bien, a fin de centrar mejor las deliberaciones y de avanzar todo lo posible durante el actual período de sesiones, que era un día más breve de lo habitual, el Grupo de Trabajo decidió prescindir de las observaciones generales (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párrs. 42 a 77) y pasar a examinar el resumen y las recomendaciones enunciadas en el capítulo VI (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párrs. 78 a 90).

Prelación de las garantías reales con desplazamiento (párr. 82)

18. Respecto del párrafo 82, que se ocupa de la prelación de las garantías reales posesorias o con desplazamiento, se convino en reformularlo a fin de enunciar en su texto tres reglas. La primera de ellas sería la de que la prelación de una garantía real con desplazamiento vendría determinada por la posesión del bien gravado o el control de su ejecución en garantía o por la inscripción registral de dicha garantía,

según cuál de esos actos tuviera lugar antes. La segunda regla consistiría en que el acreedor garantizado que adoptara uno de dichos métodos para establecer su prelación podría pasarse al otro, sin perder su prelación, con tal de que no hubiera solución de continuidad entre la inscripción registral, la posesión del bien gravado o el control de su ejecución, según fuera el caso. La tercera regla dictaminaría que, a fin de amparar la negociabilidad de determinados bienes (por ejemplo, documentos de titularidad), toda garantía real constituida sobre dichos bienes que estuviera perfeccionada por la posesión o el control, gozaría de prelación sobre toda otra garantía real que hubiera sido únicamente perfeccionada por un acto de inscripción registral, aun cuando dicha inscripción se hubiera efectuado con anterioridad. Respecto de esta última regla, se convino en que se formulara su texto en términos que la centraran explícitamente sobre determinados bienes que gozaran de cierto grado de negociabilidad. Se expresaron, no obstante, ciertas dudas respecto de la procedencia de dicha regla, por razón de que debilitaría la certidumbre lograda gracias a la regla de la prelación basada en la prioridad de la fecha de inscripción.

19. A reserva de los cambios a introducir en el texto de las recomendaciones enunciadas en el párrafo 82, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido esencial de las recomendaciones enunciadas en el capítulo VI, con la salvedad de las recomendaciones relativas a los dispositivos de garantía basados en la cesión o retención de la titularidad, cuyo texto decidió colocar entre corchetes. Se pidió a la Secretaría que revisara el texto de las recomendaciones enunciadas en el párrafo 82 y que ajustara el texto de las observaciones generales al de las recomendaciones que hubiera revisado.

20. Recordando su examen de los accesorios fijos, efectuado durante su cuarto período de sesiones (véase A/CN.9/543, párrs. 23 y 24), el Grupo de Trabajo pidió también a la Secretaría que incluyera en el capítulo VI un comentario y unas recomendaciones que versaran sobre los conflictos de prelación en materia de accesorios fijos. En respuesta a una pregunta sobre la validez de los acuerdos de subordinación o renuncia a la prelación en un supuesto de insolvencia del otorgante de la garantía, el Grupo de Trabajo observó que esa cuestión sería examinada en el curso del segundo período de sesiones conjunto de los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) (véase A/CN.9/WG.V/WP.71, párr. 7 e)).

Capítulo X. Conflicto de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7, párrs. 30 a 37)

21. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el capítulo X a la luz de las recomendaciones presentadas en sus párrafos 30 a 37.

A. Ley aplicable a las garantías reales con desplazamiento sobre bienes corporales y a las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes inmateriales (párrs. 30 y 31)

22. Hubo acuerdo general en que el contenido de las recomendaciones enunciadas en los párrafos 30 y 31 era aceptable. En cuanto a su texto, se convino en que el dinero y los títulos negociables figuraran como categorías de bienes corporales y en

que los créditos figuraran como categoría de bienes inmateriales. Se convino asimismo en que convenía sustituir el término "publicidad" por las palabras "validez frente a terceros", ya que tal vez no se previera un sistema de publicidad en los ordenamientos de algunos Estados.

B. Ley aplicable a las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes corporales (párr. 32)

23. Respecto de las dos variantes de recomendación enunciadas en el párrafo 32, que trataba de la ley aplicable a la constitución, la publicidad (es decir, la validez frente a terceros) y la prelación de las garantías reales sin desplazamiento constituidas sobre bienes corporales, se expresaron pareceres divergentes. Según uno de ellos el texto de la variante 1 era preferible. Se dijo que al someter la creación de la garantía y su validez frente a terceros a la ley del Estado donde estuviera ubicado el otorgante, la variante 1 eliminaba el riesgo de que resultara aplicable la ley de más de un Estado en el supuesto de los bienes muebles o de las mercancías en tránsito o trasladadas del territorio de una jurisdicción a otro, así como en el supuesto de los bienes ubicados en el territorio de más de una jurisdicción. Se observó que, gracias a dicho criterio, era mayor la certeza respecto de la ley aplicable a la operación, reduciéndose así los gastos inherentes a la misma. Se observó, además, que al someter lo relativo a la prelación a la ley del lugar de la ubicación de los bienes gravados, la variante 1 respetaba, al mismo tiempo, las expectativas legítimas de las partes, como pudiera ser el caso de todo comprador de los bienes gravados o de todo acreedor que recibiera algún derecho de ejecución judicial sobre dichos bienes.

24. Sin embargo, prevaleció el parecer de que la variante 2 era preferible por enunciarse en ella la regla generalmente aceptada de que la ley aplicable sería la de la ubicación del bien gravado (*lex rei sitae*). Se señaló que la variante 2 sería la única aceptable respecto de los dispositivos de garantía real basados en la cesión o retención de la titularidad. Se observó, además, que la variante 1 resultaría problemática, ya que sometía la creación de la garantía real y su validez frente a terceros a la ley de un lugar (la ley de la ubicación del otorgante) y el régimen de prelación a la ley de otro lugar (la ley del lugar de la ubicación del bien gravado). Se dijo, por otra parte, que la variante 1 resultaría difícil de aplicar en jurisdicciones cuya ley no hiciera distinción alguna entre la creación de una garantía real y su validez frente a terceros o su régimen aplicable a su prelación. Se observó además que la variante 1 impondría, tanto a las partes como a los tribunales, la dificultad y el gasto adicional de tener que remitirse a la ley de dos lugares distintos.

25. Tras deliberar al respecto y pese a que se sugirió retener las dos variantes para su ulterior examen, el Grupo de Trabajo decidió suprimir la variante 1. Prevaleció ampliamente el parecer de que se estaría obrando en aras de la armonización del derecho, que era uno de los principales objetivos del proyecto de guía, enunciando en su texto recomendaciones claras, y evitando introducir demasiadas variantes. El Grupo de Trabajo convino asimismo en complementar la variante 2 con una definición del concepto de "bienes muebles" y con una indicación del momento que serviría de referencia para determinar la ubicación de los bienes gravados. En cuanto a la salvedad enunciada en la variante 2 respecto de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles (la ley del lugar de la ubicación del otorgante),

pese a expresarse ciertas dudas, se estimó que era en general aceptable en el entendimiento de que por "bienes muebles" se entendería bienes no sujetos a ningún régimen especial de inscripción registral, como el aplicable a las aeronaves y a los buques, así como a otros bienes de índole similar.

C. Ley aplicable a las garantías reales constituidas sobre bienes en tránsito (párr. 33)

26. En cuanto a la recomendación enunciada en el párrafo 33 respecto de la garantía real constituida sobre bienes en tránsito, si bien se estimó en general que dicha recomendación era necesaria, se expresó cierta inquietud respecto de la idoneidad del criterio basado en la ley del lugar de destino de las mercancías o bienes. Se sugirió que cabría considerar otras alternativas como, por ejemplo, la ley del lugar donde la parte que gozara de una garantía real sobre las mercancías recibiera un documento de titularidad respecto de las mercancías.

D. Ley aplicable a las garantías reales constituidas sobre el producto de los bienes gravados (párr. 34)

27. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo de que debería ser aplicable la misma ley a la prelación de las garantías reales, con independencia de si se trataba de los bienes inicialmente gravados o del producto de algún acto de disposición de los mismos. Ahora bien, se expresaron pareceres divergentes sobre la ley aplicable a la creación de una garantía real sobre el producto de los bienes gravados. Según uno de los pareceres expresados, debería dejarse dicha cuestión al arbitrio de la ley aplicable a la creación de la garantía real sobre los bienes inicialmente gravados. Según otro parecer la creación de una garantía real sobre el producto de dichos bienes debería regirse por la ley que sería aplicable a una garantía que fuera a ser inicialmente constituida sobre bienes de la misma categoría que el producto. En un supuesto de que ciertas mercancías sean el bien inicialmente gravado en el Estado A y de que los créditos por cobrar sean el producto resultante de su venta en el Estado B, conforme al primer parecer, la creación de una garantía real sobre dicho producto habría de regirse por la ley del Estado A, mientras que, conforme al segundo parecer, dicha cuestión debería regirse por la ley del Estado B. Se observó que ambos criterios serían compatibles con el régimen de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, dado que en ambos supuestos se remitirían las cuestiones de prelación a la ley del lugar de la ubicación del otorgante de la garantía (del cedente del crédito por cobrar, conforme a la terminología de dicha Convención).

E. Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes trasladados del territorio de una jurisdicción a otro (párr. 35)

28. Hubo acuerdo general en que el contenido esencial de la recomendación enunciada en el párrafo 35 de que, si se trasladaban los bienes gravados del territorio del Estado A al territorio del Estado B, toda cuestión relativa a la creación de la garantía real seguiría rigiéndose por la ley del Estado A, mientras que las

cuestiones de prelación se regirían por la ley del Estado B, y los acreedores garantizados que gozaran de prelación con arreglo a la ley del Estado A mantendrían dicha prelación con tal de que perfeccionaran su garantía real cumpliendo con todo requisito impuesto por la ley del Estado B, dentro de un cierto plazo a partir del momento del traslado de los bienes al territorio del Estado B. Hubo acuerdo en cuanto a la necesidad de que se reformulara el texto del párrafo 35, a fin de que dicha regla quedara enunciada en términos más claros.

F. Ley aplicable a la ejecución de una garantía real (párr. 36)

29. En el Grupo de Trabajo se expresaron tanto elogios como críticas de las variantes presentadas en el párrafo 36. A favor de la variante 1, se dijo que una solución basada en la ley del lugar donde haya de ejecutarse la garantía resultaría en general aceptable. Se observó que dicho enfoque daría lugar a que la ley aplicable a la vía ejecutoria de la garantía sería la misma que la aplicable a las cuestiones procesales del foro que hubiera de entender en el asunto, y sería, en muchos casos, la ley del lugar donde estuvieran ubicados los bienes gravados. Se observó, en sentido contrario, que la variante 1 se prestaba a ser objeto de manipulación.

30. A favor de la variante 2, se adujo que la aplicación de la ley que rigiera la creación de una garantía real respondería a las expectativas de las partes y daría cierta estabilidad al régimen aplicable. En sentido contrario, se señaló que la variante 2, en combinación con la *lex rei sitae* como ley aplicable a la creación de una garantía real, daría lugar, en el supuesto de haberse de ejecutar bienes gravados sitos en el territorio de más de una jurisdicción, a que fuera aplicable la ley de cada uno de esos territorios, según donde estuvieran ubicados los bienes. Se observó que cabría minimizar dicho inconveniente si se formulaba la variante 2 en términos que remitiera a la ley que rigiera la prelación.

31. A favor de la variante 3, se observó que la aplicabilidad de la ley que rigiera la relación contractual entre el acreedor y el otorgante de la garantía respondería a las expectativas de las partes en dicho contrato, pero pondría en una situación desventajosa a todo tercero que quisiera determinar el alcance de toda medida ejecutoria de que dispusiera un acreedor garantizado. Se observó asimismo que, de adoptarse un criterio, conforme al enunciado en la variante 3, cabría interponer excepciones que ampararan los derechos de ciertos terceros, tales como los de los titulares de créditos salariales o de créditos fiscales. Se respondió a dicha observación que las tres variantes entrañaban, como límite oponible a la ley aplicable, la observancia de los principios de orden público o de toda otra norma de rango imperativo de la ley del foro.

32. Respecto de las variantes presentadas en el párrafo 36, se observó que, si bien se utilizaba la expresión cuestiones “de derecho sustantivo” o “de fondo” para distinguir dichas cuestiones de las de índole procesal, y pese a que se dejaba, en todo caso, la determinación de dichas cuestiones a la ley del foro, dicha expresión requería, no obstante, cierta aclaración. Se dijo asimismo que las variantes ofrecidas deberían ser analizadas y comparadas en función de sus respectivas ventajas y de los gastos que eventualmente entrañaran. Por ejemplo, si la variante 3 daba lugar a que ciertos remedios fueran invocables por terceros, procedería evaluar el impacto de dicha variante en términos de la disponibilidad y del precio del crédito financiero

eventualmente ofrecido en su contexto. Se sugirió, además, que debería enunciarse explícitamente la regla, implícita en cada una de las tres variantes, de que los asuntos procesales se regirían por la ley del foro ante el que se hubiera de demandar la ejecución de la garantía.

33. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara las tres variantes, presentadas en el párrafo 36, para que su texto reflejara los pareceres y sugerencias formuladas.

G. Ley aplicable a la ejecución de una garantía real en un supuesto de insolvencia (párr. 37)

34. Se convino en general en que, si bien procedía que el comentario y las recomendaciones del capítulo X, respecto de la ley aplicable a la ejecución de una garantía real en supuestos de insolvencia, fueran de índole global y autónoma, no debía perderse de vista la necesidad de ajustarlos al comentario y las recomendaciones correspondientes del proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia. El Grupo de Trabajo estimó que los principios enunciados en el texto actual de dicho proyecto de guía (véase A/CN.9/WG.V/WP.72, párrs. 179 a 181) eran en general aceptables. Se convino, en particular, en que la apertura del procedimiento de insolvencia no debería desplazar la normativa general de conflictos de leyes, aplicable con anterioridad a la insolvencia, a la creación de una garantía real y a su validez frente a terceros. Se observó además que la apertura del procedimiento de insolvencia no debería desplazar a la ley aplicable a la prelación de una garantía real, salvo en la medida en que el régimen de la insolvencia dispusiera expresamente otra cosa. Se convino, asimismo, en que dicha apertura podría, en cambio, desplazar a la normativa aplicable a la ejecución de una garantía real, dado que la vía ejecutoria de una garantía debía regirse por el régimen de insolvencia del foro ante el que se hubiera abierto el procedimiento de insolvencia. Se dijo que dicho principio debería ser aplicable a la ejecución de toda garantía real constituida sobre bienes ubicados en el territorio del foro ante el que se hubiera abierto el procedimiento de insolvencia, pero no a la ejecución de garantías constituidas sobre bienes gravados sitos en el territorio de alguna otra jurisdicción. Se respondió a dicha observación que la cuestión planteada habría de ser resuelta en el marco del proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia.

Capítulo V. Publicidad (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2)

35. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el resumen y las recomendaciones enunciadas en el capítulo V (párrs. 97 a 103). De entrada se convino en que, si bien el requisito de la publicidad era un principio compartido por la mayoría de los ordenamientos, se entendía y se aplicaba de diverso modo. Se dijo que, puesto que el proyecto de guía partía de la distinción entre la creación de una garantía real válida entre las partes en el acuerdo de garantía y su validez frente a terceros, era importante que se analizara la publicidad requerida en función de las medidas requeridas para que una garantía real surtiera efecto frente a terceros (es decir, con miras a evitar que un tercero pueda verse engañado por el ejercicio visible de la propiedad por el otorgante de una garantía real). Se observó, a dicho respecto, que sería procedente examinar la ventaja económica reportada, a todos los interesados,

por la certeza y previsibilidad de la garantía real, dado que sería oponible a los derechos de terceros. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que en el proyecto de guía se recomendase que debería cumplirse el requisito de la publicidad para que una garantía real surtiera efecto frente a terceros y se ampararan los derechos de éstos. El Grupo de Trabajo pasó a examinar las diversas vías de publicidad, siguiendo el orden en el que se presentaban en el capítulo V.

A. Privación de la posesión (párrs. 7 a 16)

36. Se convino, en general, que la entrega de la posesión de los bienes gravados al acreedor garantizado era una buena manera de alertar a todo tercero de que existe algún gravamen sobre un bien que sea propiedad del garante. Se convino asimismo en que para dar resultado, la privación de la posesión del otorgante de la garantía había de ser efectiva y no meramente ficticia. Se convino, además, en que la entrega al acreedor garantizado de la posesión del bien gravado no era una forma de publicidad practicable con bienes inmateriales o en todo supuesto en el que el otorgante de la garantía hubiera de retener la posesión del bien gravado para que dicho bien le reportara los beneficios requeridos para reembolsar el préstamo que hubiera recibido.

B. Notificación y control (párrs. 17 a 23)

37. Se dijo que la notificación dada al deudor de un crédito por cobrar era uno de los métodos practicables para dar a conocer la creación de una garantía real sobre un crédito por cobrar en la medida en que todo tercero podría averiguar del deudor si dicho crédito por cobrar había sido o no constituido en garantía. Ahora bien, se convino en que la notificación no era una vía eficaz para dar publicidad a dicha forma de garantía real, dado que el deudor no estaría obligado a informar a terceros, ni a hacerlo con exactitud, y la notificación no era una medida aconsejable en muchas operaciones.

38. Respecto de la noción de “control” se expresaron ciertas inquietudes. Una de ellas era la de que se trataba de una noción nueva que no se entendía en todas partes por igual. Se observó, por ejemplo, que el hecho de poner una cuenta a nombre del acreedor garantizado era considerado por el derecho interno de muchos países como una cesión pura y simple y no como una transferencia del control sobre la cuenta. Otra inquietud era la de que, sin que se supiera claramente por qué, el régimen de las cuentas de depósito difería del de los créditos por cobrar. Según otro parecer, resultaba difícil proseguir el examen del control del bien gravado, sin haber examinado previamente otras vías de publicidad de la garantía real. Tras deliberar al respecto, se convino en que se revisara el comentario del control del bien gravado y de las garantías reales constituidas sobre cuentas de depósito a la luz de las inquietudes expresadas.

C. Inscripción en un registro de la propiedad (párrs. 24 a 31)

39. Se convino en que una anotación de la garantía real en el certificado de inscripción o en el propio registro de la propiedad eran formas aceptables de publicidad.

D. Inscripción en un registro de operaciones garantizadas (párrs. 32 y 33)

40. Se dijo que la inscripción de la garantía en un registro de operaciones garantizadas podría adoptar la forma de una inscripción del propio documento que diera fe de la operación o de una mera notificación de la operación. Se dijo asimismo que todo país interesado en introducir un régimen global de las operaciones garantizadas con miras a desarrollar un mercado financiero competitivo debería establecer un único registro centralizado de las operaciones garantizadas, por el que se diera publicidad a todas las modalidades de garantía real existentes y a todas las categorías de bienes gravables, a fin de que todo tercero interesado pudiera evaluar con mayor certeza y previsibilidad su propio riesgo de prelación respecto de dichos bienes. Se observó, además, que sería necesario coordinar la inscripción en dicho registro de las operaciones garantizadas con su inscripción en todo registro destinado a determinadas categorías de bienes, a fin de velar por la eficiencia de uno y otro registro.

41. Si bien se expresó la inquietud de que la inscripción de una notificación en un registro de operaciones garantizadas supusiera un aumento no deseable del costo de la operación, prevaleció el parecer de que dicha forma de inscripción reportaría la certeza y la previsibilidad requerida para que todo acreedor pudiera evaluar, de un modo fiable, los riesgos de su propia operación, lo que repercutiría favorablemente en la disponibilidad y el precio del crédito financiero ofrecido.

42. Se dijo que el requisito de la publicidad era un principio en general aceptable del régimen de las operaciones garantizadas, que tenía por objeto amparar a terceros. Se mencionaron como vías de publicidad habituales, en diversos ordenamientos jurídicos, la desposesión del otorgante de la garantía, la notificación al deudor de todo crédito por cobrar que se diera en garantía, la transferencia del control sobre un bien inmaterial constituido en garantía, como pudiera ser una cuenta de depósito, y la inscripción en un registro de operaciones garantizadas. Se insistió, además, en la necesidad económica de facilitar el otorgamiento de garantías reales sin desplazamiento, y en que su inscripción registral constituía la vía más eficaz para dotar de publicidad a dichas garantías. Se dijo también que, de existir alguna otra vía eficaz de publicidad, debería ser estudiada en el proyecto de guía, discutiéndose sus ventajas e inconvenientes comparativos. Se dijo, a ese respecto, que convendría examinar asimismo los posibles inconvenientes de un registro de operaciones garantizadas. Se citaron, como ejemplo, los gastos de inscripción, el tiempo y los trámites requeridos, y la imposibilidad de que el registro amparara al acreedor garantizado en todo supuesto en el que el otorgante no fuera el propietario del bien gravado o dicho bien no existiera. Se observó también que, en vez de facilitar el crédito, la institución de un registro podía obstaculizarlo si suponía nuevos trámites burocráticos. Se rebatió ese argumento aduciendo que no sería forzosamente así si el registro se estructuraba adecuadamente, como se

recomendaba en el proyecto de guía, y que, por el contrario, podía traducirse en una mayor eficiencia económica.

43. A la luz del amplio apoyo expresado, en las deliberaciones, a la institución de un registro de operaciones garantizadas y tras haber tomado nota de las objeciones e inquietudes formuladas al respecto, el Grupo de Trabajo decidió recomendar, en el proyecto de guía, la inscripción de la garantía real en un registro de operaciones garantizadas, como forma aceptable de publicidad, y pasó a examinar ciertos pormenores de dicha inscripción.

E. Inscripción del documento o de una notificación (párrs. 34 a 37)

44. Se convino en que el proyecto de guía recomendara que se inscribiera una notificación, y no el documento, de la operación de garantía. Prevaleció el parecer de que la inscripción de la noticia que se daba de la operación simplificaría su tramitación administrativa y reduciría al mínimo los gastos y otras cargas inherentes a dicho trámite.

F. Índice de otorgantes o índice de bienes gravados (párrs. 38 a 42)

45. Se convino en que se recomendara en el proyecto de guía el establecimiento de un índice de otorgantes de garantías reales. Se dijo que dicha modalidad de índice facilitaría la inscripción de las garantías reales constituidas sobre todos los bienes actuales del otorgante, así como sobre los bienes que adquiera ulteriormente, y la inscripción de garantías globales constituidas sobre ciertas categorías genéricas de bienes, exigiéndose para dicho fin una única inscripción registral. Respecto de los bienes singularmente identificables, se convino en la conveniencia de sugerir su inscripción en registros destinados a dichas categorías de bienes. No obstante, se opinó en general que sería preciso coordinar todo registro destinado a una categoría particular de bienes con el registro general de operaciones garantizadas, a fin de que la consulta de un registro permitiera averiguar toda inscripción efectuada en el otro registro. De lo contrario, los terceros se verían obligados a consultar los dos registros. Se convino, además, en la necesidad de establecer un orden de prelación entre las garantías reales inscritas en el registro de operaciones garantizadas y las inscritas en el registro destinado a una categoría particular de bienes a fin de resolver todo conflicto eventual de prelación al respecto.

G. Contenido mínimo de la notificación inscrita (párrs. 43 a 53)

46. Hubo acuerdo general, en el Grupo de Trabajo, en que se recomendara como contenido mínimo de la notificación inscrita los datos personales, tanto del otorgante de la garantía como del acreedor garantizado, y una descripción general de los bienes gravados. Se observó que limitar el contenido de la notificación a los datos estrictamente requeridos redundaría en provecho de la eficiencia del registro y minimizaría los gastos inherentes a su funcionamiento. Se expresó, en sentido contrario, la inquietud de que, de limitarse excesivamente dichos datos, se estaría poniendo en peligro el amparo que cabía esperar, de un registro público, para los intereses de terceros.

47. Tras observar que los datos de identificación personal pudieran variar de un Estado a otro, por lo que no procedía que el proyecto de guía indicara cuáles eran los datos que se había de consignar, el Grupo de Trabajo convino en recomendar que se exigiera la anotación de datos sencillos y que estuvieran claramente indicados en el propio régimen de las operaciones garantizadas. Se sugirió, además, que el comentario debería indicar que todo registro deberá ofrecer algún mecanismo para la actualización de los datos de identidad personal de las partes, en previsión de que alguno de dichos datos pueda modificarse de resultas de algún cambio de la razón social de una empresa o de su venta o fusión con otra empresa, o a raíz de la cesión de alguna garantía real constituida sobre sus bienes.

48. Se expresaron pareceres divergentes acerca de la conveniencia de que la notificación inscrita indicara el valor máximo de la obligación garantizada. Según uno de los pareceres, dicha indicación dejaría margen para que el otorgante de la garantía utilizara el valor restante de sus bienes para negociar la obtención de crédito de algún otro prestamista. Según otro parecer, dicho requisito conllevaría las dificultades inherentes al cálculo de la suma que había de garantizarse y de la eventualidad de que se tratara de inflar dicha suma. Tras deliberar al respecto el Grupo de Trabajo decidió que el asunto debería ser examinado en el proyecto de guía, pero sin emitir recomendación alguna al respecto, al menos en la etapa actual de su preparación.

49. Se expresaron asimismo pareceres divergentes acerca de si el acreedor garantizado inscrito en el registro estaría obligado a responder a una solicitud de información presentada por algún tercero interesado. Según uno de los pareceres expresados, debería obligarse a dicho acreedor a responder a toda solicitud de información presentada por un tercero que, pese a tener algún derecho frente al otorgante de la garantía, no dispusiera de algún otro medio para evaluar la seguridad de su crédito (como pudiera suceder a un acreedor ordinario o no garantizado del otorgante, al administrador de su insolvencia, o a un copropietario de algún bien gravado). Se dijo que cabría introducir dicha obligación, a reserva de que el otorgante de la garantía autorizara la respuesta, el cual estaría, por su parte, interesado en que se facilitara la información reclamada por todo nuevo prestamista. Según otro parecer, no procedía recomendar la imposición de dicha obligación. Se observó que un tercero interesado dispondría de otras fuentes de información y que lo procedente era simplificar, y no dificultar, el funcionamiento del sistema de inscripción. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que debería examinarse la cuestión en el proyecto de guía, sin que se formulara, al menos de momento, recomendación alguna al respecto.

50. El Grupo de Trabajo convino en que el proyecto de guía examinara más en detalle lo relativo a la cancelación, enmienda o corrección de una notificación inscrita.

H. Duración de la validez de una inscripción (párrs. 56 a 58)

51. El Grupo de Trabajo convino en no hacer recomendación alguna respecto de la duración de la validez de una inscripción. Se dijo que esa duración dependía de cierto número de factores (por ejemplo, de los adelantos tecnológicos o de la facilidad de cancelar una inscripción o de efectuar más de una inscripción) respecto de los cuales cabía prever que hubiera divergencias de un Estado a otro. Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo convino en que el proyecto de guía impartiera al legislador nacional orientación suficiente sobre las diversas soluciones posibles al respecto y sus correspondientes méritos. A dicho fin, se mencionaron, además de la duración elegida por las partes para su inscripción, dos posibles enfoques, a saber, el de una inscripción de duración indefinida y el de una inscripción que durara lo estipulado al respecto por las partes, sujeto a un límite máximo legalmente impuesto.

52. En apoyo de que la validez de la inscripción fuera de duración indefinida se dijo que con ello se simplificaría la inscripción sin causar perjuicio al otorgante de la garantía, que podía siempre solicitar la cancelación de una inscripción pública. Se observó, además, que dicho enfoque favorecería las operaciones de crédito a largo plazo. Se observó, por el contrario, que esa solución tendría el inconveniente de traspasar indebidamente al otorgante de la garantía la carga de cancelar una inscripción cuando el acreedor garantizado no lo hiciera. En apoyo de que se optara por recomendar que se respetara el plazo estipulado por las partes, con un límite legal máximo, se dijo que dicho enfoque ofrecía la flexibilidad requerida para atender a las necesidades de las partes, sin privar al otorgante de la protección debida.

I. Consideraciones tecnológicas (párrs. 59 a 61)

53. El Grupo de Trabajo convino en que, desde una perspectiva tecnológica, se recomendara que se simplificara en lo posible "el proceso de inscripción y de consulta, que debería ser, además, transparente y de fácil acceso". Se sugirió asimismo la conveniencia de mencionar la eficiencia de los registros informatizados.

J. Responsabilidad por todo error del sistema (párrs. 62 a 64)

54. Respecto de la responsabilidad por todo error del sistema, se convino en que el proyecto de guía recomendara que dicha cuestión debería ser claramente resuelta por el derecho interno, sin prescribir una solución uniforme para todos los Estados, lo que tal vez no fuera posible, dadas las divergencias observables en el derecho interno en lo relativo al régimen de la responsabilidad, así como la sensibilidad previsible en asuntos tenidos por parte integrante de la inmunidad soberana de cada Estado.

K. Derechos abonables por concepto de inscripción (párr. 65)

55. Se convino en general en que el proyecto de guía recomendara en términos enérgicos la fijación de una tarifa de inscripción nominal que cubriera los gastos de funcionamiento del sistema. Se estimó que dicha práctica estimularía el recurso al sistema, sin dejar de cubrir, en un plazo razonablemente breve, los gastos de instalación y de funcionamiento del sistema.

L. Privacidad y confidencialidad (párrs. 66 y 67)

56. Se dijo que, tratándose de un registro público, no procedía insistir en la confidencialidad, dado que todo dato inscrito formaba parte de una inscripción pública. Se dijo, por el contrario, que debería buscarse la manera de dotar a la inscripción de la publicidad requerida sin dejar de amparar la índole confidencial o privada de ciertos datos. Se dijo además que no procedía utilizar los datos inscritos en un registro de operaciones garantizadas como si se tratara de un artículo comercial libremente ofrecido o de una fuente de donde obtener la lista de clientes de un competidor comercial. Tras deliberar al respecto, se convino en que, sin formular una recomendación firme al respecto, el proyecto de guía examinara dicho asunto, haciendo ver la necesidad de que se facilitara la consulta, de los datos inscritos, únicamente para los fines que justificaban su inscripción pública.

M. Inscripción pública por adelantado (párrs. 68 a 70)

57. Se convino en que en el proyecto de guía se recomendara la posibilidad de la inscripción por adelantado (es decir, a la inscripción efectuada antes de concertarse el acuerdo de garantía). Se dijo que la inscripción por adelantado permitía que el prestamista asegurara con mayor prontitud su prelación, por lo que facilitaría operaciones que por lo demás resultarían más costosas, o incluso imposibles. Se convino asimismo en que los llamados “períodos de gracia”, por los que se otorgaba al prestamista cierto plazo para efectuar la inscripción, tras la fecha de concertación de su acuerdo, sin perder su prelación a partir de dicha fecha, en vez de a partir de la fecha más tardía de su inscripción, era una práctica que debilitaba la certidumbre que cabía esperar de un sistema de inscripción registral, por lo que debería permitirse únicamente en muy pocos supuestos, que estuvieran, además, claramente definidos. Se convino, asimismo en que, en el supuesto de que no se otorgara crédito alguno tras la inscripción por adelantado y de que el acreedor garantizado no cancelara dicha inscripción pública, debería reconocerse al otorgante el derecho a proceder a dicha cancelación por alguna vía administrativa abreviada.

58. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que, como no se suponía que la notificación se vinculara a un acuerdo de garantía ni a una garantía real en particular, una sola notificación podía cubrir acuerdos sucesivos de garantía.

N. Condicionamientos de la prelación (párrs. 71 a 73)

59. Con la salvedad de que la inscripción registral no debe perjudicar el derecho que adquiera todo comprador que compre los bienes gravados en el giro normal de su negocio, salvedad que convendría retener, se convino en que el tema de la prelación se examinara en el capítulo que se le dedicaba en la guía.

O. Inscripción registral y ejecutoriedad (párrs. 74 y 75)

60. Se convino en que, si bien cabría examinar brevemente lo relativo a la inscripción de una notificación del incumplimiento de una obligación garantizada y de su subsiguiente ejecutoriedad, lo indicado sería que esa cuestión se examinara en el capítulo dedicado a la ejecutoriedad de una garantía real. Se expresaron pareceres divergentes sobre la conveniencia de exigir la inscripción registral de una notificación del incumplimiento para la ejecutoriedad de la garantía.

P. Inscripción de la titularidad de un bien y dispositivos similares (párrs. 76 a 83)

61. El Grupo de Trabajo convino en aplazar su examen de la cuestión relativa a la inscripción de la titularidad y otros dispositivos similares, hasta que hubiera tenido tiempo de examinar el régimen general recomendado para dichos dispositivos en el proyecto de guía. Recordando la decisión adoptada en su último período de sesiones, de que cabía conceptuar la transferencia de la titularidad con fines de garantía como un dispositivo de garantía en el contexto de la constitución de una garantía real y de un procedimiento de insolvencia (véase A/CN.9/543, párr. 73) y por razones de coherencia, el Grupo de Trabajo aprobó una recomendación de que el mismo criterio se aplicara a la publicidad.

62. En el marco de su estudio de los registros de operaciones garantizadas, el Grupo de Trabajo escuchó una declaración del representante del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) respecto de la labor emprendida por éste en orden a la preparación de una guía de registros. El Grupo de Trabajo tomó nota con interés de la labor del BERD e insistió en la importancia de que dicha labor fuera debidamente coordinada con miras a facilitar a los Estados una información que fuera, a la vez, completa y coherente.

Q. Otras modalidades de publicidad (párrs. 84 y 85)

63. Se dijo que también cabía examinar otros sistemas de publicidad distintos de los que se trataban en el capítulo dedicado al tema. Se observó, además, que en el capítulo debían examinarse más a fondo las ventajas e inconvenientes propios de los diferentes sistemas de publicidad. Se dijo igualmente que tal vez convenía revisar la terminología utilizada en el capítulo a fin de incorporar las distintas interpretaciones de los términos “publicidad” e “inscripción”. Al respecto se observó que el Grupo de Trabajo había expresado su preferencia por el empleo de una terminología neutra que no denotara ningún sistema específico.

R. Validez de las garantías reales sin publicidad (párrs. 86 a 96)

64. Se dijo que una garantía real sin publicidad podría no surtir efecto frente a terceros o surtir un efecto sólo limitado frente a ciertos terceros, como los compradores de bienes gravados que estuvieran al tanto de la existencia de la garantía real y las personas que recibieran esos bienes en donación. Se observó que el primer criterio presentaba la ventaja de su sencillez y certidumbre. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió recomendar que una garantía real sin publicidad no fuera válida frente a terceros.

V. Labor futura

65. El Grupo de Trabajo tomó nota de que su sexto período de sesiones se celebraría en Viena los días 27 de septiembre a 1º de octubre de 2004, siempre que la Comisión aprobara esas fechas en su 37º período de sesiones, que tendría lugar en Nueva York del 14 de junio al 2 de julio de 2004. Se observó que, habida cuenta de la urgencia de proporcionar orientación a los Estados acerca del régimen de las operaciones garantizadas, el Grupo de Trabajo debería concluir su labor lo antes posible y, en ese sentido, tal vez convendría que presentara el proyecto de guía a la Comisión para que lo aprobara en principio en 2005 y definitivamente en 2006.

E. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su quinto período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas Informe del Secretario General

(A/CN.9/WG.VI/WP.11 y Add.1 y 2) [Original: inglés]

A/CN.9/WG.VI/WP.11

1. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión examinó un informe del Secretario General sobre la posible labor futura en materia de operaciones de crédito financiero garantizado (véase A/CN.9/475). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que las garantías reales eran un tema importante que se había señalado a la Comisión en el momento oportuno, habida cuenta en particular de la estrecha relación que guardaba con la labor relativa al régimen de la insolvencia que realizaba la Comisión. La opinión generalizada era que toda legislación moderna sobre las operaciones de crédito garantizado podía tener notables repercusiones en la oferta y en el costo del crédito financiero y, por lo tanto, en el comercio internacional. También se opinó en general que esa legislación podía reducir las desigualdades entre las empresas de países desarrollados y las de países en desarrollo a la hora de obtener crédito a bajo costo y de percibir los beneficios del comercio internacional. No obstante, se advirtió al respecto que esas leyes, a fin de ser aceptables para los Estados, tenían que prever un trato equilibrado entre los acreedores privilegiados, los acreedores respaldados por garantías y los acreedores ordinarios. Se señaló también que, habida cuenta de la diversidad de las normas de derecho interno que regían este tema en cada Estado, sería aconsejable adoptar un planteamiento flexible y elaborar una serie de principios en forma de guía, y no de ley modelo. Por otra parte, a fin de que la reforma legislativa aportara beneficios óptimos, entre ellos los de prevenir crisis financieras, reducir la pobreza y facilitar la financiación de la deuda, fomentando así el crecimiento económico, convendría coordinar la labor que se realice en materia de garantías reales con la que ya viene efectuándose para armonizar los regímenes de la insolvencia entre los países[1].

2. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión examinó un nuevo informe de la Secretaría (véase A/CN.9/496). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que debía iniciarse la labor en materia de garantías reales, dado el impacto económico favorable que tendría un régimen moderno del crédito financiero garantizado. Se afirmó que la experiencia había demostrado que las deficiencias en ese ámbito podían tener repercusiones muy negativas en el sistema económico y financiero de un país. Se observó asimismo que el hecho de disponer de un marco legal eficaz y previsible suponía ventajas macroeconómicas tanto a corto como a largo plazo. A corto plazo, concretamente cuando el sector financiero de un país atravesara una crisis, era indispensable contar con un marco jurídico eficaz y previsible, especialmente que estableciera vías de ejecución eficaces de los

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/55/17), párr. 459.

créditos financieros, a fin de ayudar a los bancos y a otras instituciones financieras a evitar que sus créditos pierdan valor gracias a mecanismos de ejecución rápidos, y para facilitar la reestructuración de empresas en dificultades adoptando leyes que incentiven la concesión provisional de créditos a tales empresas. A más largo plazo, un marco legal de las garantías reales que resulte flexible y eficaz podría ser un instrumento útil para potenciar el crecimiento económico. Efectivamente, sin la posibilidad de obtener créditos de costo asequible, sería imposible fomentar el crecimiento económico, la competitividad y el comercio internacional, pues se impediría que las empresas alcanzaran su máximo nivel de expansión[2].

3. Si bien se expresaron algunas reservas sobre si sería viable emprender esa labor relativa al régimen del crédito financiero garantizado, la Comisión observó que esas reservas no parecían ser compartidas por la mayoría de las delegaciones y procedió a examinar el alcance de dicha labor[3]. Se estimó en general que convendría concentrarse en las garantías reales sobre los bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados. Se convino también en que no se abordaran los valores bursátiles ni los derechos de propiedad intelectual. En cuanto a las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual, se dijo que había menos necesidad de ocuparse de ese tema, dado que planteaba cuestiones sumamente complejas, por lo que toda iniciativa de abordarlas debería coordinarse con otras organizaciones, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)[4]. En cuanto a la forma del instrumento que cabría preparar, la Comisión estimó que una ley modelo sería tal vez un marco jurídico demasiado rígido, y tomó nota de las sugerencias formuladas en el sentido de que se redactara una serie de principios para una guía legislativa, complementada, en su caso, por disposiciones legales modelo[5].

4. Tras un debate, la Comisión decidió encomendar a un grupo de trabajo la elaboración de un régimen legal eficiente aplicable a los derechos de garantía sobre bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados, a fin de determinar las cuestiones que cabría regular, como, por ejemplo, la forma del futuro instrumento, los tipos exactos de bienes que podrían darse en garantía y otras cuestiones[6]. Poniendo de relieve la importancia del tema y la necesidad de mantener consultas con representantes del sector industrial y profesional pertinente, la Comisión recomendó que se celebrara un coloquio de dos o tres días de duración[7].

5. En su primer período de sesiones, celebrado en Nueva York del 20 al 24 de mayo de 2002, el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) tuvo a su disposición un primer anteproyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, preparado por la Secretaría (véanse el documento A/CN.9/WG.VI/WP.2 y las adiciones 1 a 12), un informe relativo al Coloquio Internacional CNUDMI-CFA, que tuvo lugar en Viena del 20 al 22 de marzo de 2002 (A/CN.9/WG.VI/WP.3), así como observaciones formuladas por el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (A/CN.9/WG.VI/WP.4). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo

[2] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/56/17), párr. 351.
[3] Ibíd., párrs. 352 a 354.
[4] Ibíd., párrs. 354 a 356.
[5] Ibíd., párr. 357.
[6] Ibíd., párr. 358.
[7] Ibíd., párr. 359.

examinó los capítulos I a V y X del anteproyecto de guía (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y las adiciones 1 a 5 y 10), y pidió a la Secretaría que revisara esos capítulos (véase A/CN.9/512, párr. 12). En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en la necesidad de que, en colaboración con el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), se asegurara todo lo relativo al régimen aplicable a las garantías reales en los procedimientos de insolvencia fuera tratado en consonancia con las conclusiones del Grupo de Trabajo V sobre la coordinación de las cuestiones abordadas por dicho Grupo de Trabajo que se solapaban con las que pretendía regular el Grupo de Trabajo VI (véanse los documentos A/CN.9/512, párr. 88, y A/CN.9/511, párrs. 126 y 127).

6. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su primer período de sesiones (véase A/CN.9/512). La Comisión expresó su reconocimiento al Grupo de Trabajo por los progresos realizados. Predominó la opinión de que esta guía legislativa daba a la Comisión la gran oportunidad de ayudar a los Estados a adoptar legislación moderna sobre las operaciones garantizadas, lo cual constituía, según la opinión general, un requisito necesario, aunque no de por sí suficiente, para fomentar el acceso a crédito a costo asequible; esta nueva legislación facilitaría el movimiento transfronterizo de bienes y servicios, el desarrollo económico y, en última instancia, las relaciones de amistad entre los países[8].

7. Además, predominó la opinión de que la iniciativa de la Comisión llegaba en el momento más oportuno, pues coincidía con las iniciativas legislativas pertinentes sobre las que se estaba trabajando a nivel nacional e internacional y, además, con la labor que la propia Comisión había decidido emprender sobre el tema del régimen de la insolvencia. A este respecto, la Comisión tomó nota con particular satisfacción de los esfuerzos realizados por el Grupo de Trabajo VI y por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), para coordinar su labor sobre un tema de interés común como es el del tratamiento de las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. Esa coordinación recibió un firme apoyo y, en general, las delegaciones consideraron que tal coordinación, era de crucial importancia para dar a los legisladores una orientación general y coherente sobre la forma en que debía regularse la cuestión de las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. La Comisión respaldó la sugerencia de que se revisara el capítulo del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas relativo a la insolvencia, teniendo en cuenta los principios fundamentales convenidos por los Grupos de Trabajo V y VI (véanse los documentos A/CN.9/511, párrs. 126 y 127, y A/CN.9/512, párr. 88). La Comisión destacó la necesidad de seguir coordinando la labor común y pidió a la secretaría que estudiara la posibilidad de organizar, en diciembre de 2002, un período de sesiones conjunto de los dos Grupos de Trabajo[9].

8. Tras el debate, la Comisión confirmó el mandato que en su 34º período de sesiones había encomendado al Grupo de Trabajo, consistente en elaborar un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes, incluidos los bienes inventariados. La Comisión reiteró asimismo la necesidad de que el mandato del Grupo de Trabajo se interpretara con criterios amplios a fin de que el texto que

[8] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párr. 202.
[9] Ibíd., párr. 203.

se adoptara al final del proceso, que debería revestir la forma de guía legislativa, fuera suficientemente flexible[10].

9. En su segundo período de sesiones, celebrado en Viena del 17 al 20 de diciembre de 2002, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos VI, VII y IX (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y adiciones 6, 7 y 9) del primer anteproyecto de guía sobre las operaciones garantizadas, preparado por la Secretaría. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas de los capítulos tratados (véase el documento A/CN.9/531, párr. 15). Con ocasión de ese período de sesiones y conforme se había sugerido en el primer período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/512, párr. 65), se hizo una presentación oficiosa de los sistemas de inscripción registral de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles en Noruega y Nueva Zelandia. Justo antes de este período de sesiones, los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) celebraron su primer período de sesiones conjunto (Viena, 16 a 17 de diciembre de 2002), durante el cual se examinó la versión revisada del antiguo capítulo X (ahora capítulo IX del anteproyecto de guía; véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5) relativo a la insolvencia. En ese período de sesiones, se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de dicho capítulo (véase A/CN.9/535, párr. 8).

10. En su tercer período de sesiones, celebrado en Nueva York del 3 al 7 de marzo de 2003, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos VIII, XI y XII del primer anteproyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, así como los capítulos II y III de la segunda versión del proyecto de guía (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12, A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 y A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3), y pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas (véase A/CN.9/532, párr. 13). Con ocasión de ese período de sesiones, se realizó una presentación oficiosa de la ley sobre las operaciones de crédito financiero garantizado que acababa de ultimarse en Eslovaquia y que fue respaldada por el Banco Mundial y por el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF).

11. En su 36º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones segundo y tercero (A/CN.9/531 y A/CN.9/532), así como el informe sobre el primer período de sesiones conjunto celebrado por los Grupos de Trabajo V y VI (A/CN.9/535). La Comisión elogió los progresos realizados por el Grupo de Trabajo VI y expresó asimismo su reconocimiento al Grupo de Trabajo V y al Grupo de Trabajo VI por la forma en que habían coordinado su labor sobre el régimen aplicable a las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. Además, la Comisión tomó nota con agradecimiento de la presentación de sistemas modernos de inscripción registral de garantías reales sobre bienes muebles, así como del plan de la Secretaría de preparar un documento en que se examinaran los problemas técnicos que planteaba la inscripción de dichas garantías reales en registros[11].

12. Además, la Comisión subrayó la importancia de estrechar la coordinación con las organizaciones interesadas y especializadas en el régimen aplicable a las operaciones garantizadas, como el Instituto UNIDROIT, la Conferencia de La Haya

[10] Ibíd., párr. 204.
[11] Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17), párr. 217.

de Derecho Internacional Privado, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el BERF y el Banco Asiático de Desarrollo. Se hizo referencia a la labor que actualmente realizaba el UNIDROIT acerca del tema de las garantías reales constituidas sobre valores bursátiles, y a los principios y líneas rectoras del Banco Mundial para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores, en la medida en que se referían a las operaciones garantizadas, así como a la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas y los principios del BERF, a la guía del Banco Asiático de Desarrollo sobre la inscripción registral de bienes muebles, y a la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias de 2002, preparada por la Organización de los Estados Americanos. También se hizo referencia a la necesidad de coordinar el capítulo del proyecto de la guía legislativa sobre las operaciones garantizadas relativo a los conflictos de leyes con la labor de la Conferencia de La Haya, en particular en lo referente al derecho aplicable a la ejecución de derechos reales de garantía en caso de insolvencia[12].

13. Con respecto al alcance de la labor del Grupo de Trabajo VI, la Comisión tomó nota de las sugerencias de que el Grupo se ocupara, además de los bienes (y de las existencias inventariadas), de los créditos por cobrar, las cartas de crédito, las cuentas de depósito y los derechos de propiedad intelectual, dada la importancia económica que revestían como garantías para respaldar un crédito. En cuanto al contenido del proyecto de guía legislativa, la Comisión tomó nota de las observaciones conforme a las cuales, si bien en el proyecto de guía debían analizarse distintas formas viables para regular las cuestiones pertinentes, convendría también que contuviera recomendaciones legislativas y que, en caso de que debieran redactarse variantes de las recomendaciones, se estudiaran también las ventajas relativas de cada variante, en particular para los países en desarrollo y los países con economías en transición[13].

14. Tras deliberar, la Comisión confirmó el mandato encomendado, en el 34º período de sesiones, al Grupo de Trabajo VI, consistente en elaborar un régimen legal eficiente para los derechos de garantía constituidos sobre bienes, incluidos los bienes inventariados, y la Comisión confirmó asimismo la decisión que había adoptado en su 35º período de sesiones de que ese mandato se interpretara con criterios amplios con miras a lograr que el resultado de la labor del Grupo de Trabajo culminara con la adopción de un instrumento adecuado, que debería presentarse en forma de guía legislativa. La Comisión reiteró su decisión de dejar al arbitrio del Grupo de Trabajo la determinación del alcance exacto de su labor y, en concreto, la de decidir si en el proyecto de guía legislativa deberían tratarse también los créditos por cobrar, las cartas de crédito, las cuentas de depósito y los derechos de propiedad intelectual e industrial[14].

15. En su cuarto período de sesiones, celebrado en Viena del 8 al 12 de septiembre de 2003, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos I (Introducción), II (Objetivos clave), IV (Constitución de garantías reales), IX (Insolvencia), así como los párrafos 1 a 41 del capítulo VI (Prelación), y pidió a la Secretaría que preparara las versiones revisadas de esos capítulos (véase A/CN.9/543, párr.15).

---

[12] Ibíd., párr. 218.
[13] Ibíd., párrs. 220 y 221.
[14] Ibíd., párr. 222.

16. En las adiciones correspondientes a este documento de introducción figuran las revisiones de los capítulos I (Introducción), II (Objetivos clave) y IV (Constitución de garantías reales) del proyecto de guía.

17. A continuación se indican los documentos en los que figuran los capítulos restantes del proyecto de guía. Capítulo III: Prácticas básicas en materia de garantías reales (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1); capítulo V: Publicidad (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2); capítulo VI: Prelación (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3); capítulo VII: Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4); capítulo VIII: Incumplimiento y vía ejecutoria (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9); capítulo IX: Insolvencia (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6); capítulo X: Conflicto de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7); y capítulo XI: Cuestiones de transición (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8).

A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1

Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su quinto período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas Informe del Secretario General

ADICIÓN

Índice

	Párrafos
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-40
I. Introducción	1-28
A. Finalidad	1-8
B. Alcance	9-16
C. Terminología	17
D. Ejemplos de prácticas financieras que abarcará la Guía	18-28
1. Financiación del precio de compra de bienes de equipo y de existencias	19-22
2. Financiación mediante la cesión de créditos por cobrar y préstamos renovables bajo garantía de las existencias inventariadas	23-25
3. Financiación a plazo	26-28
II. Objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas	29-40
A. Fomentar la concesión de créditos garantizados	30
B. Ofrecer a muy diversos tipos de empresas la posibilidad de explotar al máximo el valor de sus bienes para obtener crédito mediante una amplia gama de operaciones crediticias	31
C. Facilitar la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente	32
D. Reconocer la autonomía contractual de las partes	33
E. Tratar a todos los acreedores por igual	34
F. Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento	35
G. Fomentar comportamientos responsables exigiendo transparencia y previsibilidad	36
H. Establecer un orden de prelación claro y previsible	37
I. Facilitar la ejecución de la garantía del acreedor de forma previsible y eficaz	38
J. Compaginar los intereses de las personas afectadas	39
K. Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas	40

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

[*Observaciones preliminares que se prepararán en una etapa ulterior*]

I. Introducción

A. Finalidad

1. La finalidad de la presente Guía es prestar asistencia a los Estados en la elaboración de un régimen moderno de las operaciones garantizadas, con el fin de promover la oferta de crédito garantizado a un costo asequible. La Guía tiene por objeto ofrecer una ayuda a los Estados que aún no dispongan de un régimen eficiente y eficaz de las operaciones garantizadas, así como a los que dispongan ya de un régimen operativo pero que deseen revisarlo o modernizarlo, o simplemente armonizar o coordinar su propio derecho con el de otros Estados.

2. La Guía se basa en la premisa de que todo régimen racional de las operaciones garantizadas puede aportar notables beneficios económicos a los Estados que lo adopten, concretamente atrayendo fondos de acreedores nacionales y extranjeros y de otras entidades crediticias, fomentando así la creación y la expansión de empresas nacionales y, en general, incrementando el comercio. Tal legislación puede también beneficiar a los consumidores, al contribuir a abaratar el costo de los bienes y servicios y a facilitar la concesión de créditos al consumidor con tipos de interés asequibles. Para ser eficaz, un régimen de las operaciones garantizadas debe estar respaldado por un sistema judicial y otros mecanismos coercitivos eficaces y eficientes, así como por un régimen de la insolvencia en que se respeten los derechos dimanantes del régimen de las operaciones garantizadas (véase la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia).

3. En la Guía se trata de superar las disparidades que pueda haber entre los diversos regímenes sugiriendo soluciones pragmáticas y de eficacia probada que puedan ser aceptadas y aplicadas por Estados con diversos tipos de ordenamientos. La Guía tiene por objeto propiciar la formulación de regímenes que reporten ventajas económicas prácticas a los Estados que los adopten. Si bien es posible que los Estados tengan que afrontar gastos, previsibles y limitados, para elaborar y aplicar un régimen de las operaciones garantizadas, las experiencias registradas hasta la fecha en numerosos países demuestran que las ventajas que se obtengan a corto y a largo plazo compensarán con creces esos gastos.

4. Todos los negocios, ya se trate de fabricantes o de distribuidores, empresas de servicios o vendedores al por menor, requieren capital para poder funcionar, crecer y competir con éxito en el mercado. En los estudios realizados por organizaciones como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial), el Fondo Monetario Internacional, el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) se ha demostrado de forma general que una de las vías más eficaces para obtener capital para las empresas comerciales es la del crédito garantizado.

5. La idoneidad del crédito garantizado radica en que permite a una empresa deudora utilizar el valor de sus propios bienes para reducir el riesgo que asume el acreedor, ofreciéndole con los bienes dados en garantía del crédito otro medio para

cobrar su crédito en caso de impago. Al disminuir el riesgo de no cobrar el crédito, el prestamista concede crédito más fácilmente y a menor precio.

6. La adopción de un régimen legal que respalde las operaciones de crédito garantizado es un factor decisivo para reducir el riesgo que puedan temer los acreedores y para fomentar la oferta de crédito garantizado. Éste está más al alcance de las empresas en los Estados que disponen de una legislación eficaz y eficiente en virtud de la cual los acreedores pueden saber y prever las consecuencias de todo incumplimiento por parte de los deudores. Por otra parte, el costo del crédito se eleva en los Estados cuyo régimen incierto hace temer riesgos importantes a los acreedores, por lo que exigen una mayor compensación por los gastos de evaluación de los riesgos y por los riesgos en sí. En algunos Estados que no disponen de regímenes eficaces para las operaciones garantizadas ni de regímenes de la insolvencia que reconozcan las garantías reales, las pequeñas y medianas empresas se han visto prácticamente privadas de crédito, al igual que los consumidores.

7. La adopción de un régimen legal que promueva la concesión de crédito garantizado no sólo fomenta la creación de empresas y su crecimiento, sino que puede además contribuir a la prosperidad económica general de un país. Por ello, los Estados que carecen de un régimen eficaz de las operaciones garantizadas pueden estarse privando de importantes ventajas económicas.

8. A fin de promover con mayor eficiencia la obtención de crédito garantizado a un costo asequible, en la Guía se sugiere que los regímenes de las operaciones garantizadas permitan a las empresas utilizar en el mayor grado posible el valor de sus bienes con miras a obtener crédito. A este respecto, la Guía adopta dos de los conceptos más importantes para dar eficacia a todo régimen de las operaciones garantizadas: el de la prelación y el de la publicidad. El concepto de prelación, con el cual es posible clasificar a los acreedores respaldados por una garantía real sobre un mismo bien, permite a las empresas sacar el máximo provecho del valor de sus bienes constituyendo garantías reales sobre ellos en beneficio de más de un acreedor, pero asignándoles distintos grados de prelación. El concepto de publicidad mediante la inscripción en un registro público de los avisos de operaciones garantizadas tiene la finalidad de promover la seguridad jurídica de los acreedores en cuanto al grado de prelación que les corresponde y de reducir así los costos derivados de las operaciones garantizadas.

B. Alcance

9. La Guía se ocupa de las garantías reales contractuales. No obstante, hace también referencia a las garantías de carácter no contractual, como las que se crean por ley o por resolución judicial, cuando los mismos bienes están sujetos a la vez a garantías contractuales y a garantías no contractuales y el régimen debe regular el grado de prelación que corresponde a cada una de esas garantías (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add. 3, párrs. 44 a 53). La Guía se centra fundamentalmente en los bienes comerciales esenciales, como las existencias inventariadas y los bienes de equipo, y en los créditos comerciales por cobrar. Sin embargo, en la Guía se propone que todos los tipos de bienes puedan ser objeto de garantías reales, incluidos los bienes que una empresa tenga en un momento dado y los que vaya a

tener en el futuro, y se regulan todos los bienes, salvo los que se excluyen expresamente.

10. Como ejemplos de bienes excluidos del ámbito de la Guía cabe citar los buques, las aeronaves, los bienes raíces y otros bienes que están sujetos a regímenes especiales de inscripción registral. Además, la Guía no aborda las garantías reales constituidas sobre valores bursátiles cuando éstos son los bienes gravados originalmente, debido a que la naturaleza de los valores bursátiles y su importancia en el funcionamiento de los mercados financieros plantean una amplia gama de problemas que merecen un trato jurídico especial. Estas cuestiones se tratan en un texto que actualmente prepara el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). En la presente Guía no se aborda el régimen aplicable a los valores bursátiles y a otros derechos sobre tales valores porque constituyen la materia regulada en el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario (La Haya, diciembre de 2002). La Guía se ha estructurado de tal forma que todo Estado que adopte legislación basada en el régimen previsto en ella pueda, al mismo tiempo, aplicar los textos preparados por el UNIDROIT y por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, así como los textos pertinentes preparados por la CNUDMI, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, diciembre de 2001; en adelante denominada "la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos"). *[Nota para el Grupo de Trabajo*: *El Grupo de Trabajo tal vez desee, en su momento, ampliar su labor al respecto. El Grupo de Trabajo tampoco ha decidido aún si la Guía regulará bienes como los pagarés, los cheques, las cartas de crédito, las cuentas de depósito y los derechos de propiedad intelectual.]*

11. La Guía destaca la necesidad de que toda persona física o jurídica pueda constituir garantías reales no sólo sobre los bienes de que disponga en un momento dado sino también sobre sus futuros bienes (es decir, los bienes adquiridos o creados después de la firma del acuerdo de garantía) sin que las partes deban firmar documentos suplementarios o adoptar nuevas medidas cuando se adquieran o se creen dichos bienes. Además, en la Guía se recomienda que se reconozcan las garantías reales sobre todos los bienes de una persona mediante un único acuerdo de garantía (la garantía sobre todos los bienes, *"all-set security"*, denominada en algunos ordenamientos "hipoteca de empresa" o "carga flotante").

12. La Guía sugiere también que pueda garantizarse una amplia gama de obligaciones, tanto pecuniarias como no monetarias, y que toda persona física o jurídica pueda ser parte en una operación garantizada, incluidos los consumidores, a reserva de lo que disponga la legislación de protección del consumidor. Además, en la Guía se pretende abarcar una amplia gama de operaciones que cumplen funciones de garantía, incluidas las relativas a las garantías reales con y sin desplazamiento, así como las operaciones no conceptuadas como operaciones garantizadas (por, ejemplo, la retención de la titularidad, el traspaso de la titularidad a efectos de garantía, la cesión de créditos por cobrar con fines de garantía, los arrendamientos financieros, las operaciones de venta, cesión-arrendamiento y operaciones de esta índole). *[Nota pata el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee plantearse la posibilidad de incluir y regular en la Guía los mecanismos de garantía basados en la titularidad. Concretamente, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la cuestión de si un régimen moderno de las operaciones*

garantizadas debería enunciar o no reglas sobre los mecanismos de garantía basados en la titularidad y, en caso afirmativo, qué tipos de reglas habrían de aplicarse a la constitución de garantías, a la publicidad, a la prelación, a la ejecución, a la insolvencia y al reconocimiento transfronterizo.]

13. El régimen legal que prevé la Guía es de carácter puramente nacional. Las recomendaciones formuladas en la Guía van destinadas a los legisladores nacionales que se propongan reformar el régimen aplicable a las operaciones garantizadas en sus respectivos países. No obstante, dado que a menudo en este tipo de operaciones las partes y los bienes se encuentran en distintos Estados, en la Guía se pretende también regular el reconocimiento mutuo de las garantías reales (y de los mecanismos de garantía basados en la titularidad, como el de retención de la titularidad) válidamente constituidas en otros Estados. Con ello se mejorarían notablemente las leyes vigentes en muchos Estados, en virtud de las cuales las garantías reales pierden a menudo todo efecto jurídico en cuanto un bien gravado se traslada al territorio de otro Estado, y se daría un gran incentivo a los acreedores para que otorgaran crédito financiero en operaciones transfronterizas (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7, párrs. 18 a 22 y 35).

14. En toda la Guía se procura compaginar los intereses de los deudores con los de los acreedores (ya sean garantizados, privilegiados u ordinarios), de todo tercero que pueda verse afectado, de los compradores y de otros cesionarios, así como del Estado. Para aplicar un criterio equilibrado se parte de la premisa de que, como lo demuestra sobradamente la experiencia registrada hasta la fecha, los acreedores tenderán a aceptar ese criterio y estarán dispuestos a otorgar crédito a un costo asequible, siempre y cuando las leyes (y la infraestructura jurídica y estatal de la que formen parte) les permitan determinar con la máxima seguridad los riesgos que entrañe la operación y puedan confiar en que al final les será posible percibir el valor económico de los bienes gravados. Para lograr ese equilibrio, es indispensable que se coordinen estrechamente los regímenes de las operaciones garantizadas y los de la insolvencia, incluidas las disposiciones que regulen las garantías reales en caso de que una empresa sea objeto de un procedimiento de reorganización. Además, determinados deudores, como los consumidores, requieren mayores salvaguardias. Cabe aclarar que, aunque la Guía se aplicará a muchos tipos de operaciones en las que intervengan consumidores, no se pretende que sus disposiciones prevalezcan sobre las legislaciones de protección del consumidor; tampoco se pretende debatir los modos en que se regula dicha protección en los diversos países, dado que no se prestan a la unificación.

15. La Guía aborda con el mismo espíritu los reparos que ha suscitado la cuestión del crédito garantizado. Por ejemplo, la concesión a un acreedor de un crédito privilegiado respecto de todos o casi todos los bienes tal vez restaría al otorgante oportunidades para obtener financiación de otras fuentes. Además, un acreedor garantizado puede ejercer una notable influencia sobre el negocio del otorgante, pudiendo incluso embargar o amenazar con embargar los bienes gravados en caso de impago. También se ha expresado el temor de que, en caso de insolvencia, el acreedor garantizado se quede con todos los bienes del deudor o con la mayor parte de ellos, dejando muy poco para los acreedores ordinarios, algunos de los cuales no están en condiciones de negociar una garantía real sobre dichos bienes. En la Guía se examinan los inconvenientes planteados y, cuando se considera que están fundados, se sugieren soluciones.

16. La Guía se inspira en instrumentos de la CNUDMI y de otras organizaciones, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos; la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia; el Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, aprobado en noviembre de 2001; la Ley Modelo sobre operaciones garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), concluida en 1994; los principios generales del BERD para un régimen legal moderno de las operaciones garantizadas, concluidos en 1997; el estudio sobre la reforma del régimen legal de las operaciones garantizadas en Asia, preparado por el Banco Asiático de Desarrollo en 2000; la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, preparada en 2002 por la OEA; y la Ley Uniforme relativa a las garantías reales de la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA), preparada en 1997 [...].

C. Terminología

17. La presente Guía ha adoptado ciertos términos para designar conceptos característicos de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Los términos utilizados no se han tomado de ningún ordenamiento en particular. Aun cuando cierto término resulte ser el mismo que el empleado en una determinada legislación nacional, es posible que no se utilice en el mismo sentido. Este enfoque se ha adoptado para ofrecer al lector un vocabulario y un marco conceptual comunes y para impulsar la armonización transnacional de los regímenes que regulan las garantías reales. Por lo tanto, en los siguientes párrafos se enumeran los principales términos y conceptos empleados, indicando el significado básico que tienen en la presente Guía. Ese significado se define con mayor precisión en capítulos subsiguientes, en los que también se utilizan y definen otros términos y conceptos.

a) Por “garantía real” se entenderá un derecho real consensual constituido sobre bienes muebles y accesorios fijos por el que se garantice el pago o algún otro cumplimiento de una o más obligaciones.

b) Por “garantía real de la financiación del precio de compra” se entenderá un derecho sobre un bien que garantice el crédito otorgado para financiar el precio de compra del bien u otra obligación contraída para adquirir el bien. Entre las garantías reales de la financiación del precio de compra cabe citar, entre otras, la retención de la titularidad y la transferencia de la titularidad a efectos de garantía.

c) Por “obligación garantizada” se entenderá una obligación cuyo cumplimiento está asegurado por una garantía real.

d) Por “acreedor garantizado” se entenderá todo acreedor cuyo crédito esté respaldado por una garantía real.

e) Por “deudor” se entenderá la persona a quien corresponda cumplir la obligación garantizada. El deudor no es necesariamente la persona que

constituye el derecho real de garantía en beneficio del acreedor (véase "otorgante")[1].

f) Por "otorgante" se entenderá la persona que constituya un derecho de garantía sobre uno o más de sus bienes a favor del acreedor así garantizado. El otorgante no es necesariamente el deudor al que corresponda cumplir la obligación garantizada (véase "deudor").

g) Por "acuerdo de garantía" se entenderá un acuerdo entre un otorgante y un acreedor por el que se constituya un derecho de garantía que respalde una o más de las obligaciones del deudor.

h) Por "bien gravado" se entenderá todo bien que se haya constituido en garantía. En general, se distinguen dos categorías de bienes gravados: los bienes corporales y los bienes inmateriales. Cada una de estas categorías se subdivide en otras.

i) Por "bienes corporales" se entenderán todos los tipos de bienes muebles físicos. Entrarán en esta categoría los bienes inventariados, los bienes de equipo, los accesorios fijos, los títulos negociables y los documentos negociables.

j) Por "bienes inventariados" se entenderán los bienes corporales (exceptuando los títulos negociables y los documentos negociables) almacenados para su venta o arriendo en el curso ordinario de los negocios, así como las materias primas y los bienes semielaborados (en fase de elaboración).

k) Por "bienes de equipo" se entenderán los bienes corporales (con excepción de los títulos negociables y los documentos negociables) que, excluyendo los bienes inventariados, una persona haya de utilizar en la explotación de su negocio.

l) Por "accesorios fijos" se entenderá todo bien corporal (con excepción de los títulos negociables y los documentos negociables) que pueda ser objeto por sí solo de una garantía real, aun cuando esté tan firmemente adherido o incorporado a un bien inmueble que la legislación del Estado en que se encuentre dicho bien pueda llegar a considerarlo un bien inmueble.

m) Por "bienes inmateriales" se entenderá todo bien mueble que no sea corporal. Entre las categorías de bienes inmateriales figuran los créditos y los efectos o créditos por cobrar.

---

[1] En aras de la coherencia con la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, en el capítulo de la presente Guía relativo a la insolvencia, el término "deudor" se entenderá referido a la persona que cumple los requisitos para la apertura de un procedimiento de insolvencia (véase A/CN.9/WG.V/WP.70, Introducción, sección 2). No obstante, cuando el derecho de garantía sobre un bien no sea constituido por el deudor, sino por un tercero en virtud de un acuerdo contractual concertado con el deudor, y cuando tanto el deudor como el otorgante sean insolventes, en el capítulo relativo a la insolvencia, el término "deudor" se entenderá referido al otorgante, ya que, sólo en caso de insolvencia de éste, el acreedor será un acreedor garantizado con un derecho real sobre los bienes gravados. En el supuesto de insolvencia del deudor, el acreedor será un simple acreedor ordinario, que tendrá un crédito contractual frente al deudor.

n) Por "crédito" se entenderá toda reclamación de cumplimiento de una obligación no monetaria, con excepción de los documentos negociables.

o) Por "crédito por cobrar" se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación monetaria.

p) Por "producto" se entenderá toda suma recibida respecto de los bienes gravados y, en particular, aunque no exclusivamente, las sumas percibidas por la venta, el arriendo o por otro acto de disposición de dichos bienes, así como sus frutos civiles o naturales, los dividendos que reporten, los seguros que permitan cobrar, y las sumas percibidas a raíz de reclamaciones de indemnización por concepto de daño o pérdida de los bienes, daños civiles o extracontractuales o violación de alguna garantía contractual.

q) Por "prelación" se entenderá el derecho de una persona a obtener un beneficio económico de su garantía real sobre un bien gravado con prioridad sobre el derecho de garantía u otros tipos de derechos que puedan tener otras personas sobre el mismo bien.

r) Por "garantía real con desplazamiento" se entenderá toda garantía constituida sobre un bien que, al quedar así gravado, pasará a estar en posesión del acreedor garantizado o de un tercero (que no sea el deudor ni el otorgante) que conservará dicho bien en beneficio del acreedor garantizado.

s) Por "garantía real sin desplazamiento" se entenderá toda garantía constituida sobre: i) bienes corporales que no pasen a estar en posesión del acreedor garantizado ni de un tercero que los conserve en beneficio de aquél; o ii) bienes inmateriales.

t) Por "tribunal de la insolvencia" se entenderá toda autoridad judicial o de otra índole que esté facultada para controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia.

u) Por "masa de la insolvencia" se entenderá todo el conjunto de bienes y derechos del deudor que estén bajo el control o la supervisión del representante de la insolvencia o que estén sujetos al procedimiento de insolvencia.

v) Por "procedimiento de insolvencia" se entenderá todo procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo, que se entable a efectos de una reorganización o liquidación de la empresa del deudor y que se lleve a cabo conforme al régimen de la insolvencia.

w) Por "representante de la insolvencia" se entenderá toda persona o todo órgano encargado de administrar la masa de la insolvencia.

x) Por "título negociable" se entenderá todo título en el que se consigne un derecho de pago, como un pagaré o una letra de cambio.

y) Por "documento negociable" se entenderá todo documento en el que se consigne un derecho de entrega de bienes corporales, como un resguardo de almacén o un conocimiento de embarque.

z) Por "deudor de una cuenta" se entenderá toda persona a quien corresponda pagar un crédito a un acreedor.

aa) Por "comprador en el curso ordinario de los negocios" se entenderá toda persona que compre bienes, en circunstancias normales para su negocio, a un comerciante que venda el tipo pertinente de bienes, sin que le conste que con tal venta se viola el derecho de garantía u otros derechos que pueda tener otra persona sobre dichos bienes.

bb) Por "control" se entenderá la facultad legal de todo acreedor garantizado para disponer la enajenación de los bienes gravados sin que se requiera que el otorgante dé su consentimiento o adopte determinadas medidas.

D. Ejemplos de prácticas financieras que abarcará la Guía

18. En los párrafos siguientes se describen brevemente los tres tipos de operaciones de crédito con garantía cuya utilización se pretende promover en la Guía, y a los que se remitirá en toda la Guía para ilustrar cuestiones concretas que se aborden en ella. Estos ejemplos representan sólo tres de los numerosos tipos de operaciones de crédito con garantía que actualmente se realizan, y todo régimen eficaz en la materia debe ser lo suficientemente flexible para abarcar tanto las numerosas modalidades actuales de financiación y como las que puedan surgir en el futuro.

1. Financiación del precio de compra de bienes de equipo y de existencias

19. Las empresas desean a menudo financiar algunas de sus compras de bienes de equipo o de existencias. En muchos casos, el vendedor se encarga de facilitar esa financiación. En otros, el crédito no es otorgado por el vendedor sino por un prestamista. Si bien éste puede ser un tercero independiente, a veces se trata de una filial de la empresa vendedora. Mediante un acuerdo, se constituye una garantía real sobre los bienes vendidos a favor del vendedor o del prestamista, de modo que quede asegurado el reembolso del crédito o préstamo. Este mecanismo se denomina a menudo financiación del precio de compra.

20. A continuación se describe un ejemplo de "financiación del precio de compra". La empresa ABC es una fábrica de muebles con un establecimiento que se encuentra en el país X y con clientes en muchos países. ABC desea comprar pintura al vendedor A y tubos de acero al vendedor B, y arrendar bienes de equipo industrial al arrendador A, con miras a utilizar todo este material para la fabricación de muebles.

21. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor A, ABC deberá pagar el precio convenido a los 30 días de la entrega de la pintura y ABC otorgará al vendedor A un derecho real sobre la mercancía hasta que ABC haya abonado la totalidad del precio de su compra. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor B, ABC deberá pagar el precio convenido antes de la entrega de los tubos de acero. Para financiar el costo de la mercancía comprada al vendedor B, ABC obtiene un crédito del prestamista A. Para asegurar al prestamista A el reembolso del préstamo, ABC constituye una garantía real, en beneficio del prestamista, sobre la mercancía comprada al vendedor B. Además, ABC mantiene una cuenta bancaria con el prestamista A y, como gravamen suplementario para el reembolso del crédito, ABC garantiza al prestamista la suma ingresada en la cuenta.

22. En virtud del contrato de arrendamiento celebrado con el arrendador A, ABC toma en arriendo el equipo industrial por un período de dos años, durante el cual deberá abonar los pagos mensuales convenidos. Al expirar el contrato de arrendamiento, ABC tendrá la opción (aunque no la obligación) de comprar el equipo industrial a un precio nominal. El arrendador A retendrá la propiedad del equipo industrial durante el período de arrendamiento. Al expirar el contrato, si ABC decide ejercitar su opción de compra, se le transferirá la titularidad sobre el equipo industrial. Este tipo de arriendo se denomina a menudo "arrendamiento con opción de compra". En algunas variantes, al vencer el período de arrendamiento, el arrendatario obtiene automáticamente la titularidad sobre el bien arrendado. El arrendamiento con opción de compra debe distinguirse del simple arrendamiento (*operating lease*), en que el arrendatario no tiene la posibilidad de comprar a un precio nominal el bien arrendado o no se convierte automáticamente en propietario del bien al finalizar el período de arriendo, o en que, al término de dicho período, el bien carece ya de toda vida útil.

2. Financiación mediante la cesión de créditos por cobrar y préstamos renovables bajo garantía de las existencias inventariadas

23. Las empresas suelen tener que invertir capital antes de generar o percibir ingresos. Por ejemplo, para que su empresa disponga de créditos por cobrar para financiarse, todo fabricante deberá normalmente invertir fondos en la adquisición de materias primas para transformarlas en bienes acabados y venderlos en el mercado. Según el tipo de empresa de que se trate, este proceso puede llevar meses. Ese fabricante necesitará capital de explotación para sufragar esos gastos hasta que comiencen a fluir los ingresos.

24. Una vía muy eficaz para facilitar capital de explotación es la apertura de una línea de crédito renovable o rotatorio. Con arreglo a este tipo de financiación, para satisfacer sus necesidades de capital de explotación, el prestatario solicita periódicamente préstamos garantizando su reembolso con sus créditos por cobrar y con sus existencias actuales y futuras (véase también A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, párr. 12). Lo normal es que el prestatario solicite préstamos cuando necesite comprar existencias para fabricar bienes y que reembolse los préstamos cuando venda las mercancías y cobre su precio de venta. Como la estructura de los préstamos renovables o rotatorios se ajusta perfectamente al ciclo económico del prestatario (cuyas etapas son la compra de existencias, la fabricación de productos, la venta de los mismos, la emisión de facturas o créditos por cobrar y el cobro de las mercancías, tras lo cual vuelve a empezar el ciclo), esta estructura suele resultar, desde una perspectiva económica, sumamente eficaz y provechosa para el prestatario.

25. A continuación se describe un ejemplo de este tipo de financiación. La empresa ABC suele tardar cuatro meses en fabricar y vender sus productos y en cobrar las facturas. El prestamista B conviene en abrir, para la empresa ABC, una línea de crédito renovable o rotatorio para financiar los gastos del proceso. En virtud del acuerdo con el prestamista, ABC podrá obtener periódicamente préstamos por un importe total máximo equivalente al 80% del valor de sus créditos por cobrar que el prestamista B considere aceptable cubrir (basándose en criterios como la fiabilidad y solvencia de los deudores de ABC) y al 50% del valor de sus existencias que el prestamista considere aceptable cubrir (basándose en criterios como el tipo de

existencias y su calidad). ABC deberá reembolsar estos préstamos periódicamente, a medida que sus clientes le paguen las facturas. Para obtener la línea de crédito, ABC ha dado en garantía sus créditos por cobrar y sus existencias actuales y futuras.

3. Financiación a plazo

26. Las empresas necesitan con frecuencia sumas elevadas para financiar gastos extraordinarios, al margen del curso ordinario de sus negocios, como la construcción de una nueva planta industrial o la adquisición de una empresa. En estas situaciones, los empresarios procuran por lo general obtener créditos que puedan reembolsar mucho después de que finalicen las obras. Este tipo de financiación suele denominarse crédito a plazo. En muchos casos, los pagos de reembolso de los créditos a plazo se efectúan conforme a un calendario de pago previamente convenido.

27. Una empresa que no goce de una solvencia crediticia reconocida sólo podrá obtener créditos a plazo si otorga garantías reales sobre su patrimonio que respalden esa financiación. El importe del crédito dependerá en parte del valor de liquidación neto que, según los cálculos del acreedor, pueda obtener de los bienes gravables. En muchos países, los bienes inmuebles suelen ser los únicos que se aceptan como garantía para conceder créditos a plazo. Sin embargo, muchas empresas, en particular las de reciente creación, no poseen bienes inmuebles y, por ende, es posible que no se les conceda este tipo de créditos. En cambio, en otros países es corriente obtener financiación a plazo dando en garantía otros bienes, como los de equipo o, incluso, derechos de propiedad intelectual.

28. Este tipo de financiación puede ilustrarse con el siguiente ejemplo: la empresa ABC desea expandirse y construir una nueva planta industrial en el país Y. La empresa obtiene un préstamo del prestamista C para financiar las obras. El préstamo es reembolsable en cuotas mensuales fijas y pagaderas durante un período de diez años. Como garantía del pago del crédito se grava, en beneficio del prestamista, la futura nueva planta industrial, incluidos todos los bienes de equipo que estén instalados en la planta en el momento de entrar en servicio o los que la empresa ABC instale posteriormente.

II. Objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas

29. Con miras a ofrecer a los legisladores soluciones prácticas y eficaces, en la Guía se ha tratado de estudiar y de formular más explícitamente los objetivos clave que debe tener todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas y los aspectos fundamentales que debería regular. Estos objetivos y aspectos se exponen a continuación.

A. Fomentar la concesión de créditos garantizados

30. El objetivo primordial y general de la Guía es alentar a los legisladores de los Estados a que, adoptando un régimen de las operaciones garantizadas inspirado en las recomendaciones que se enuncian en ella, faciliten la concesión de créditos

garantizados a las partes en tales operaciones, contribuyendo así a que el acceso a esos créditos beneficie económicamente a dichas partes y, en general, a la economía de esos Estados.

B. Ofrecer a muy diversos tipos de empresas la posibilidad de explotar al máximo el valor de sus bienes para obtener crédito mediante una amplia gama de operaciones crediticias

31. La eficacia de un régimen de las operaciones garantizadas dependerá de que se posibilite a las empresas el pleno aprovechamiento del valor inherente a sus bienes con miras a obtener crédito mediante operaciones crediticias muy diversas. Para que se cumpla este objetivo, la Guía insiste en la importancia de que se formule el régimen en términos muy amplios, concretamente: i) permitiendo que pueda constituirse en garantía una amplia gama de bienes o títulos (como las existencias actuales y futuras, los bienes de equipo industrial y los créditos por cobrar); ii) permitiendo que puedan constituirse garantías reales para respaldar muy diversas obligaciones (incluidas las obligaciones futuras y condicionadas); y iii) hacer extensivas las ventajas de dicho régimen a una amplia gama de deudores, acreedores y operaciones de crédito.

C. Facilitar la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente

32. El costo financiero del crédito disminuirá si el régimen permite constituir garantías de forma eficiente. Por esa razón, la Guía sugiere que se prevean vías para racionalizar la obtención de garantías reales y reducir así los gastos de las operaciones. Con este fin, la Guía propone que se elimine todo trámite innecesario; que la constitución de garantías reales se rija por un único método, en vez de prever múltiples mecanismos de garantía para los distintos tipos de bienes gravados; y que se permita la constitución de garantías reales sobre bienes futuros, sin que tampoco se requiera, para los futuros anticipos de crédito, que las partes presenten nuevos documentos o que adopten medidas suplementarias.

D. Reconocer la autonomía contractual de las partes

33. Dado que un régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe concebirse de modo que sea sumamente duradero y flexible, a fin de abarcar una amplia gama de operaciones de crédito y de dar cabida también a las operaciones que vayan apareciendo y evolucionando, en la Guía se insiste en la necesidad de reducir al mínimo las disposiciones legales imperativas con objeto de que las partes puedan adaptar a sus necesidades concretas las operaciones que realicen. Al mismo tiempo, la Guía toma en consideración el hecho de que puede haber otras leyes que amparen los intereses legítimos de los consumidores o de otras personas y especifica que el régimen de las operaciones garantizadas no debería prevalecer sobre tales leyes.

E. Tratar a todos los acreedores por igual

34. Dado que con una sana competencia entre todos los posibles acreedores puede propiciarse un abaratamiento de los créditos concedidos, la Guía recomienda que el régimen de las operaciones garantizadas se aplique por igual a las distintas categorías de acreedores, tanto a los bancos y a otras instituciones financieras como a los acreedores nacionales y extranjeros.

F. Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento

35. Dado que la constitución de una garantía real no debería impedir que el deudor u otro otorgante mantuvieran la empresa en funcionamiento ni dificultar la continuación de los negocios, la Guía recomienda que en el régimen de las operaciones garantizadas se permita la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre una amplia gama de bienes y que al mismo tiempo se prevean mecanismos de publicidad para dar a conocer la existencia de tales garantías.

G. Fomentar comportamientos responsables exigiendo transparencia y previsibilidad

36. Dado que un régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe inducir también a todas las partes que intervengan en una operación de crédito a actuar con responsabilidad, la Guía trata de promover la transparencia y la previsibilidad, a fin de que las partes puedan evaluar adecuadamente todas las cuestiones jurídicas que pueda plantear su operación, y propugna que se prevean sanciones apropiadas en caso de incumplimiento del régimen aplicable, a la vez que insiste en que se respete el carácter confidencial de la información y que se tengan en cuenta los problemas que puedan plantearse al respecto.

H. Establecer un orden de prelación claro y previsible

37. La garantía real será de escaso valor o inútil para el acreedor, si éste no puede determinar qué grado de prelación tendrá su derecho sobre el bien constituido en garantía frente a los demás acreedores (incluido el representante de la insolvencia). Por ello, la Guía propone que se establezca un sistema de inscripción registral de los avisos públicos de constitución de garantías reales y que, sobre la base de ese sistema, se enuncien reglas claras que permitan que los acreedores, al iniciar la operación, determinen de forma fiable, a tiempo y sin pérdida de dinero la prelación de sus garantías reales.

I. Facilitar la ejecución de la garantía del acreedor de forma previsible y eficaz

38. La garantía real será igualmente de escaso valor o inútil para el acreedor si no puede ejecutarla de manera previsible y eficaz. Así pues, la Guía sugiere procedimientos que permitan a los acreedores hacer ejecutar sus garantías sometiendo, en su caso, la ejecución a control judicial o a otro tipo de control,

supervisión o revisión oficial. La Guía recomienda asimismo a cada Estado que coordine estrechamente las disposiciones de su régimen de las operaciones garantizadas con las de su régimen de la insolvencia, a fin de que se respete la eficacia y la prelación que pueda tener una garantía real antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia, así como su valor económico, con arreglo a las disposiciones pertinentes del régimen de la insolvencia.

J. Compaginar los intereses de las personas afectadas

39. Dado que las operaciones garantizadas afectan a los intereses de diversas personas, como el deudor, otros otorgantes, los acreedores concurrentes (como los acreedores garantizados, privilegiados y ordinarios), los compradores y otros cesionarios, así como a los intereses del Estado, en la Guía se proponen normas que permitan tener en cuenta todos esos legítimos intereses y cumplir de forma equilibrada todos los objetivos enumerados en la presente sección.

K. Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas

40. Si los diversos Estados adoptan legislación basada en las recomendaciones enunciadas en la Guía, se logrará armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas (concretamente mediante la aprobación de leyes sustantivas similares que facilitarán el reconocimiento transfronterizo de las garantías reales). Este resultado ya promoverá de por sí el comercio internacional y la circulación de bienes y servicios entre los países.

A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2

Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su quinto período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas Informe del Secretario General

ADICIÓN

Índice

	Párrafos
IV. Constitución de garantías reales	1-69
A. Observaciones generales	1-65
1. Introducción	1-2
2. Elementos básicos de una garantía real	3-41
a) Obligaciones a garantizar	3-13
b) Bienes gravables	14-29
c) Producto de los bienes	30-41
3. Acuerdo de garantía	42-51
a) Funciones	42
b) Partes en el acuerdo	43
c) Contenido mínimo del acuerdo	44-45
d) Formalidades	46-49
e) Validez	50-51
4. Requisitos del carácter real	52-57
a) Dominio, derecho real de alcance limitado o derecho de disposición	52-53
b) Restricciones contractuales del derecho de disposición	54-56
c) Transferencia de la posesión o del control, notificación e inscripción	57
5. Dispositivos de garantía real basados en la titularidad	58-65
a) Retención de la titularidad	61-62
b) Transferencia de la titularidad y cesión de créditos por cobrar con fines de garantía	63-64
c) Acuerdos contractuales con fines de garantía	65
B. Resumen y recomendaciones	66-69

IV. Constitución de garantías reales

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. El presente capítulo trata de las cuestiones relativas a la constitución de garantías reales por vía contractual (los derechos establecidos por ley o por decisión judicial se mencionan en la presente Guía sólo en el contexto de los conflictos de prelación; véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párrs. 44 a 53). En el presente capítulo, antes de examinar las cuestiones relativas al acuerdo de garantía (véase la sección A.3), así como las relativas a otros requisitos propios del carácter real de la garantía creada que sean esenciales para su validez (véase la sección A.4), se esbozan los dos elementos básicos de unas y otras, a saber, las obligaciones susceptibles de ser garantizadas (véase la sección A.2.a) y los bienes que pueden ser gravados para dicho fin (véase la sección A.2.b).

2. En el capítulo VI, relativo a la prelación, se examinan los requisitos adicionales que se han de satisfacer para que una garantía real surta efecto frente a terceros, dada la importancia de tales requisitos para el orden de prelación entre los acreedores que dispongan de una garantía real constituida sobre un mismo o unos mismos bienes. Las cuestiones relativas a la validez de una garantía real en un supuesto de insolvencia se examinan en el capítulo IX, relativo a la insolvencia.

2. Elementos básicos de una garantía real

a) Obligaciones a garantizar

i. Relación entre la garantía y la obligación garantizada

3. Una garantía real es un derecho accesorio, y dependiente de la obligación que se garantiza. Esto significa que la validez y las condiciones del acuerdo de garantía dependen de la validez y de las condiciones del acuerdo que haya creado la obligación que se garantiza. En particular, respecto de los préstamos renovables, una garantía real es accesoria en el sentido de que, si bien puede garantizar futuros préstamos y obligaciones de monto fluctuante (véase párr. 12), no puede ser ejecutada si no se ha prestado aún suma alguna y su valor no puede superar el monto de la obligación debida en el momento en que se lleve a cabo la ejecución de la garantía.

ii. Limitaciones

4. En algunos países las garantías reales sin desplazamiento sólo pueden constituirse respecto de determinados tipos de obligaciones previstas en la legislación (por ejemplo, respecto de préstamos para la compra de automóviles o de préstamos para agricultores). En cambio, estas limitaciones no existen en otros países que cuentan con un régimen general de las garantías reales aplicable a las garantías reales con desplazamiento únicamente o a ambos tipos de garantías reales, con o sin desplazamiento. Este criterio más amplio da mayor acceso a las principales ventajas de una financiación garantizada (consistentes en una mayor disponibilidad de crédito financiero a menor costo) para las partes en una amplia gama de operaciones. Además, al adoptarse dicho criterio más genérico, se aumenta

la certeza, la coherencia y la igualdad de trato de todos los deudores y de sus acreedores garantizados. En la medida en que, por razones socioeconómicas especiales, se considere necesario instituir algún régimen especial, sus efectos perjudiciales podrán ser minimizados, formulando dicho régimen en términos claros y transparentes y limitando su alcance a una reducida gama de operaciones.

iii. Diversidad de las obligaciones garantizadas

a. Obligaciones monetarias y no monetarias

5. Se podrán garantizar obligaciones tanto monetarias como no monetarias que sean convertibles en dinero.

b. Tipos de obligaciones

6. Salvo que exista un régimen especial de las garantías reales constituidas respecto de ciertos tipos de obligaciones (como por ejemplo, respecto de los préstamos pignoraticios) no será necesario que la ley enumere todos los tipos de obligaciones que se pueden garantizar. Una lista exhaustiva resultaría imposible de realizar. Sin embargo, en una lista indicativa figurarían normalmente las obligaciones nacidas de un préstamo y de la compra a crédito de ciertos bienes, como existencias y equipo.

c. Obligaciones futuras y condicionales

7. La definición de obligaciones futuras varía de un ordenamiento a otro. En algunos ordenamientos, se entiende por obligaciones futuras aquellas obligaciones que aún no se hayan contraído (este es el criterio de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional; véase el art. 5 b). En otros ordenamientos, se considera como obligaciones futuras incluso a las obligaciones que estén ya contraídas pero que no sean exigibles en el momento de celebrarse el acuerdo de garantía (porque el préstamo no es aún efectivo o porque se otorga en el marco de una línea de crédito renovable; véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 24).

8. La distinción que se hace entre las obligaciones actuales y las futuras reviste importancia en aquellos ordenamientos jurídicos en los que, por razones de certeza y de protección del deudor, no se pueden garantizar las obligaciones futuras o sólo se las podrá garantizar hasta cierto importe. Consecuentemente, en tales países, los deudores no podrán o tendrán mayor dificultad en negociar operaciones como las líneas de crédito renovables. En otros ordenamientos jurídicos, las obligaciones futuras pueden ser garantizadas sin impedimento alguno, por lo que bastará con un solo acuerdo de garantía para que la garantía cubra tanto las obligaciones actuales como las futuras. Por lo tanto, toda ampliación o aumento del crédito no obligará a modificar o a constituir de nuevo la garantía real ya otorgada al respecto, lo que repercutirá favorablemente sobre la disponibilidad y el costo del crédito otorgado. Si bien se puede constituir una garantía real como cobertura del cumplimiento de una obligación futura, no podrá ejecutarse dicha garantía hasta que la obligación garantizada no nazca y sea exigible.

9. Las obligaciones supeditadas a una condición resolutoria serán tratadas como obligaciones actuales, mientras que las obligaciones supeditadas a una condición suspensiva serán normalmente tratadas como obligaciones futuras.

iv. Descripción de la obligación garantizada

a. Descripción específica e importe máximo

10. En algunos ordenamientos jurídicos es necesario que en el acuerdo de las partes se describan específicamente las obligaciones garantizadas o se fije un límite máximo al importe de la obligación garantizada. Se presume que tal descripción o límite benefician al deudor, ya que le protegerán del riesgo de un exceso de endeudamiento y le dejarán abierta la opción de negociar la obtención de crédito adicional de otro acreedor. No obstante, esos requisitos pueden ser motivo de que el acreedor limite el importe del crédito financiero ofrecido y, en consecuencia, dar lugar a que también se eleve su precio. En particular, los límites que la ley impone respecto del importe que puede ser garantizado son inevitablemente arbitrarios, no pueden satisfacer las necesidades de cada deudor individual y tendrían que ser corregidos en forma periódica puesto que de no ser así es inevitable que pasen a ser obsoletos.

11. Por todos estos motivos, muchos ordenamientos jurídicos no requieren que se haga una descripción específica de las obligaciones garantizadas y se permite a las partes que negocien libremente el importe que se garantizará, incluida cualquier suma que el deudor deba al acreedor garantizado ("cláusulas por cualquier suma"). En tales ordenamientos jurídicos, la obligación garantizada debe ser determinada o determinable sobre la base del acuerdo de garantía siempre que sea necesaria una determinación (por ejemplo, como en el supuesto en que el acreedor garantizado ejecute las garantías reales constituidas a su favor). Las denominadas cláusulas por cualquier suma parten de la premisa de que el acreedor garantizado no puede reclamar de los bienes gravados más de lo que se le debe y de que si la obligación está garantizada en su totalidad, es probable que el acreedor garantizado ofrezca al deudor mejores condiciones de crédito (véase también A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2. párr. 53).

b. Fluctuación del importe de la obligación

12. Las operaciones modernas de financiación ya no suelen prever una entrega o desembolso único del préstamo sino entregas sucesivas escalonadas en función de las necesidades del deudor (como sucede con las líneas de crédito renovables abiertas para que el deudor compre existencias inventariadas; véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 24). Este tipo de financiación puede llevarse a cabo a través de una cuenta corriente cuyo saldo fluctúe a diario. Si se redujera el importe de la obligación garantizada cada vez que se efectuaba un pago, el prestamista sólo estaría dispuesto a efectuar nuevos desembolsos si se le daba alguna garantía suplementaria. Esto sería sumamente ineficiente puesto que alargaría y encarecería las operaciones por las que el deudor trataría de financiar la compra de los nuevos bienes requeridos para la marcha de su negocio.

c. Importe en moneda extranjera

13. El importe de la obligación garantizada podrá expresarse en cualquier moneda. Ahora bien, si el incumplimiento (o la insolvencia) del deudor obliga a enajenar los bienes gravados, quizá sea necesario cambiar de moneda al producto en metálico de la enajenación de los bienes gravados a fin de que el importe de la obligación garantizada y el producto de los bienes gravados estén expresados en una misma

moneda. Sin embargo, esta cuestión se regirá normalmente por el contrato que da nacimiento a la obligación garantizada y por la ley aplicable (por ejemplo, a falta de acuerdo al respecto, será aplicable el tipo de cambio imperante en el lugar de ejecución de la garantía o en el lugar donde se esté siguiendo el procedimiento de insolvencia).

b) Bienes gravables

i. Objeto del derecho real de garantía

14. El objeto del derecho real de garantía podrá ser el dominio (titularidad) o algún derecho limitado (como por ejemplo, un derecho de uso y goce o de arrendamiento) sobre los bienes gravados (incluidos los bienes futuros; véase párrs. 16 a 18). En la mayoría de los ordenamientos jurídicos rige un principio por el cual el deudor no podrá otorgar a un acreedor garantizado mayor derecho del que el deudor tenga o pueda tener en el futuro. Además de los bienes corporales (por ejemplo, las mercancías), los bienes inmateriales (como por ejemplo, los créditos por cobrar y otros derechos) van adquiriendo cada día mayor importancia como objeto sobre el que cabe constituir una garantía real.

ii. Limitaciones

15. En algunos ordenamientos jurídicos, el régimen especial aplicable a determinados tipos de garantías reales sin desplazamiento introduce ciertas limitaciones respecto de las categorías de bienes que cabe constituir en garantía o respecto de la proporción del valor de dichos bienes que sea gravable. Tales limitaciones, que usualmente tienen por objeto proteger al deudor, le impiden utilizar la totalidad del valor de sus bienes para obtener crédito. Por lo tanto, los beneficios y las consecuencias perjudiciales de dichas limitaciones deben ser sopesados cuidadosamente. Entre las limitaciones que se justifican por razones de orden público de derecho interno, cabe mencionar las aplicables a los salarios y a las pensiones que no excedan de un cierto importe mínimo, así como a los enseres domésticos (salvo que dichos bienes garanticen el pago de su propio precio de compra).

iii. Bienes futuros

16. El término “futuros” abarca tanto a los bienes ya existentes en el momento de celebrarse el acuerdo de garantía pero que no pertenezcan ni al deudor ni a un tercero otorgante de la garantía (o que ni el deudor ni el otorgante puedan enajenar) como a los bienes que en ese momento aún no existan.

17. En algunos países, los bienes futuros no se pueden utilizar como garantía. Este criterio se basa en parte en ciertas nociones técnicas del régimen de los derechos reales (lo que no existe no puede ser ni transferido ni gravado). También se basa en cierto temor de que el hecho de abrir cauces para la disposición de los bienes aún futuros de una empresa dé lugar a su excesivo endeudamiento y que el deudor termine dependiendo excesivamente de algún acreedor, lo que podría impedirle obtener crédito garantizado adicional de otras fuentes financieras (véase párr. 24). Otra de las razones por las que no conviene permitir la constitución de garantías reales sobre bienes futuros es que los acreedores ordinarios o no garantizados del deudor podrían ver considerablemente reducida la posibilidad de

cobrar sus créditos. Sin embargo, no procede invocarse nociones técnicas del régimen de los derechos reales para obstaculizar la necesidad práctica, en la que se encuentran ciertas empresas, de recurrir a sus bienes futuros como garantía real para obtener crédito. Por otra parte, los deudores comerciales deben saber proteger sus propios intereses, sin que sea necesario imponerles limitaciones legales a la negociabilidad de sus bienes futuros. Además, el hecho de hacer gravables los bienes futuros de un deudor, cuyos bienes actuales sean insuficientes para obtener el crédito financiero requerido por su negocio, redundará probablemente en la buena marcha de su negocio y será así provechoso para todos los acreedores del deudor, y en particular para sus acreedores ordinarios o no garantizados.

18. En otros países, las partes pueden convenir en constituir una garantía real sobre un bien futuro. Se trata de un acto de disposición actual, que sólo surtirá efecto respecto de los bienes futuros gravados cuando el deudor u otro otorgante de la garantía pase a ser propietario del bien gravado o cuando dicho bien nazca. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos adopta este criterio (véanse párr. 2, art. 8 y art. 2 a)). Permitir gravar bienes futuros en garantía de un crédito financiero, puede ser particularmente útil en ciertas operaciones, como sucedería, por ejemplo, en el marco de un préstamo renovable (véase párr. 12) cuyo reembolso se garantice gravando una masa rotatoria o renovable de bienes futuros de la empresa financiada. Los bienes a los que se aplica generalmente este método son las existencias inventariadas de la empresa, que constituyen una masa de bienes destinada a ser vendida y renovada, y los créditos nacidos de esas ventas, que una vez cobrados serán asimismo reemplazados por otros nuevos. La principal ventaja de esta autorización legal es que un solo acuerdo de garantía podrá englobar una masa rotatoria y renovable de bienes que respondan a la descripción dada de ellos en el acuerdo de garantía, y sean así identificables. De no ser ello posible, sería necesario modificar continuamente los acuerdos de garantía o celebrar otros nuevos, lo que elevaría el costo de la operación financiera y disminuiría la oferta de crédito financiero, particularmente en su modalidad de líneas de crédito rotatorio o renovable.

iv. Bienes no identificables específicamente

19. En algunos ordenamientos jurídicos, los bienes gravados deben ser específicamente identificados. Si bien tal requisito tiene por objeto proteger al deudor de ciertas reclamaciones excesivas, también restringe su disponibilidad de bienes gravables que le permitan obtener crédito financiero, puesto que la identificación requerida quizá no sea posible respecto de bienes como las existencias inventariadas de una empresa y, hasta cierto punto, sus créditos por cobrar. Para estos casos muchos países se han dotado de un régimen legal que permite que las partes describan en términos genéricos el conjunto o la masa de bienes que se desea gravar. La identificación habitualmente requerida de los bienes individuales pasará a estar referida a una masa o conjunto de bienes identificables por sus rasgos comunes o generales. En algunos ordenamientos jurídicos bastará incluso con una descripción que mencione todos los bienes actuales y futuros de una empresa (por ejemplo “todos los bienes que actualmente posea y que adquiera en el futuro”). Algunos ordenamientos no permiten que dicha identificación genérica de los bienes gravados se haga respecto de bienes conceptuables como del consumidor, o incluso de pequeños comerciantes individuales.

v. Garantía real sobre todos los bienes

20. En algunos ordenamientos jurídicos, por lo mismo que no son gravables ni los bienes futuros ni los bienes no identificados específicamente (véase párrs. 16 a 18), tampoco se permite que el deudor otorgue una garantía real sobre todos sus bienes. En otros ordenamientos, se permite, en cambio, que los deudores otorguen garantías reales sobre todos sus bienes, pero sólo hasta cierto porcentaje de su valor total. Dichas limitaciones, destinadas a proteger a los acreedores ordinarios o no garantizados, restringirán, sin duda, la oferta de crédito financiero y elevarán su costo.

21. A fin de elevar la oferta de crédito financiero garantizado, en algunos ordenamientos se permite la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre todos los bienes del deudor, incluidos sus bienes tanto corporales como inmateriales, muebles o inmuebles (si bien las garantías reales constituidas sobre inmuebles quizá tengan su propio régimen), actuales o futuros. El rasgo más importante de la garantía real sobre todos los bienes es el hecho de que recaiga sobre todo su patrimonio y que, aun cuando el deudor esté facultado para disponer de algunos de sus bienes gravados (por ejemplo, de sus existencias inventariadas) en el curso normal de su negocio, dicha garantía se extenderá automáticamente al producto de los bienes así enajenados. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se reconoce este derecho del deudor a disponer de ciertos bienes gravados sin menoscabo de la índole real de la garantía. Pero en algunos otros todo acto de disposición de los bienes gravados, efectuado por el deudor, aunque sea con la autorización del acreedor, se considera incompatible con la propia idea de una garantía real.

22. Una cuestión, al parecer conexa, pero en realidad distinta de la anterior, es la de la garantía dada en exceso, que consiste en dar en garantía bienes por un valor notablemente superior al importe de la obligación garantizada. Si bien el acreedor garantizado sólo podrá reclamar el importe de su crédito más los intereses y costas eventuales (y quizás daños y perjuicios), la garantía dada en exceso puede suscitar problemas. Por ejemplo, sus bienes pueden haber quedado tan gravados que le resulte difícil, o imposible, al deudor (de no mediar un acuerdo de renuncia a la prelación entre acreedores) otorgar a otro acreedor una garantía de prelación incluso inferior. Además, toda medida ejecutoria a favor de los acreedores ordinarios o no garantizados del deudor puede verse impedida, o al menos dificultada (de no quedar algún valor remanente). Una solución dada por los tribunales de algunos países ha consistido en declarar nula toda garantía real cuyo valor exceda en demasía del importe de la obligación garantizada más los intereses, gastos y daños previsibles, o en conceder al deudor una acción para liberar de la garantía a todo bien gravado en claro exceso de su valor. Esta solución podría funcionar en la práctica, siempre que se pueda determinar y otorgar al acreedor garantizado un margen de garantía comercialmente adecuado, lo que quizá no resulte fácil en todos los casos.

23. En algunos países, la garantía general sobre todos los bienes adopta la forma de lo que se denomina “hipoteca de establecimiento mercantil”. La hipoteca de establecimiento mercantil puede comprender todos los bienes de una empresa (incluidos, en algunos países, hasta los bienes inmuebles). Puede incluir, por ejemplo, los ingresos en efectivo, las nuevas existencias inventariadas y el equipo industrial, así como los bienes futuros de una empresa, mientras que sus bienes actuales que hayan de enajenase en el curso normal del negocio de la empresa

quedan fuera su alcance. La ventaja más importante reportada por la denominada hipoteca de establecimiento mercantil es que posibilita a una empresa, cuyo valor sea mayor como unidad funcional que desglosada en partes, obtener más crédito a menor costo. Un rasgo interesante de algunas formas de hipoteca de establecimiento mercantil es que cuando el acreedor hipotecario la ejecuta, y concurra una medida ejecutoria de algún otro acreedor, se podrá nombrar un administrador para la empresa. Dicha medida puede evitar la liquidación de la empresa y facilitar su reorganización, en provecho de todos los acreedores, de la fuerza laboral de la empresa y de la economía en general. Pero en la práctica, todo administrador nombrado por el acreedor hipotecario pudiera limitarse a favorecer a éste. Dicho problema será, sin duda, mitigado si dicho administrador es nombrado por el tribunal o alguna otra autoridad. Esta característica de las hipotecas de establecimiento mercantil podrá ser trasladada eficazmente a las garantías constituidas sobre todos los bienes en el sentido de que se podría nombrar a un administrador, con arreglo a un acuerdo entre el deudor y el acreedor o por orden judicial, para que se haga cargo de la ejecución dentro y fuera de la insolvencia. [*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez podría examinar si dicho administrador debería actuar en defensa del acreedor hipotecario o garantizado o en provecho de todos los acreedores (véase A/CN.9/543, párr. 19).*]

24. En la práctica la hipoteca de establecimiento mercantil podrá presentar ciertas desventajas. Una de ellas es la de que el acreedor garantizado por dicha hipoteca generalmente es o se transforma en el prestamista principal o exclusivo de la empresa, lo que podrá mermar la competencia comercial entre los prestamistas, reduciendo así la oferta de crédito y elevando su costo en la medida en que otros acreedores queden desamparados (aunque la competencia no está necesariamente excluida, puesto que dicho prestamista principal tal vez ofrezca condiciones de crédito particularmente competitivas). Para mitigar este problema, algunos países han impuesto limitaciones al alcance de la hipoteca de establecimiento mercantil, reservando cierto porcentaje del valor de la empresa para satisfacer todo crédito otorgado por acreedores no garantizados, en un supuesto de insolvencia. Sin embargo, tales limitaciones podrán disminuir la disponibilidad de crédito para la empresa al reducir de hecho los bienes que la empresa puede ofrecer en garantía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. 34). Otra desventaja eventual de la hipoteca de establecimiento mercantil es que, en la práctica, el acreedor hipotecario tal vez ni vigile debidamente las actividades comerciales de la empresa ni colabore activamente en el procedimiento de reorganización, ya que su crédito pudiera estar sobradamente garantizado. A fin de contrarrestar dicha situación excesivamente segura del acreedor hipotecario, cabe otorgar a la empresa deudora una acción que le permita demandar la liberación de todo excedente injustificado del valor de la garantía otorgada (véase párrafo 22).

25. En otros países, las garantías otorgadas sobre todos los bienes adoptan la forma de las denominadas “cargas flotantes” que constituyen una especie de garantía real eventual que deja margen para que el deudor pueda disponer, en el giro normal de su negocio, de determinados bienes gravados (por ejemplo, de sus existencias inventariadas). Pero tan pronto como el deudor suspenda algún pago no podrá disponer de sus bienes, al “cristalizarse” la carga flotante para convertirse en una carga “fija” plenamente efectiva. En la medida que un ordenamiento jurídico permita la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre todos los bienes del deudor, que dejen margen para que el deudor pueda disponer de ciertos bienes

en el giro normal de su negocio, no será necesario recurrir ni a términos como el de hipoteca de establecimiento mercantil o el de carga flotante, ni a la interpretación habitualmente dada a dichos términos.

vi. Accesorios fijos, bienes muebles incorporados y bienes mezclados

26. Un bien mueble puede ser incorporado a un bien inmueble (convirtiéndose en un accesorio fijo) o a otro bien mueble de tal manera que no pierda su identidad (convirtiéndose en un bien adherido o incorporado a otro) o se lo puede mezclar con otro bien mueble de tal forma que pierda su identidad (convirtiéndose en un bien mezclado). En todos esos casos, la cuestión gira en torno a saber si se preservará la garantía real constituida sobre el bien mueble originario antes de ser incorporado a otro bien mueble o inmueble o antes de ser mezclado con otros bienes.

27. En algunos países, se puede constituir una garantía real sobre un bien mueble que sea accesorio fijo de un inmueble (sin que ello sea óbice para que se constituya asimismo una garantía real en el marco del régimen de la propiedad inmobiliaria) o que sea un bien adherido o incorporado a otro bien mueble, y toda garantía real constituida sobre un bien mueble seguirá siendo válida aunque dicho bien se convierta en accesorio fijo de un inmueble o en bien incorporado o adherido a otro con independencia del costo o de la dificultad de retirar dicho accesorio fijo o bien adherido del bien al que se haya incorporado y sin que sea óbice el hecho de que el accesorio fijo o el bien así incorporado se hayan convertido en parte integrante del otro bien. En esos países, el hecho de que el accesorio fijo o el bien incorporado a otro bien pueda o no ser identificado o retirado, sin detrimento grave, del bien al que esté incorporado, será un factor importante para determinar la prelación entre los reclamantes concurrentes (véase el capítulo VI relativo a la prelación). En otros países en los que no se hace distinción alguna entre el acto constitutivo de la garantía y su prelación, este punto será tratado como cuestión concerniente a la constitución.

28. Respecto de los bienes mezclados, en algunos países, si los bienes gravados se mezclan con otros bienes de manera tal que no se los puede identificar, cabrá convertir dicha garantía real en una garantía constituida sobre el producto o la masa resultante (en lo respecta a la prelación de reclamaciones concurrentes con relación a los bienes mezclados, véase el capítulo VI relativo a la prelación).

vii. Responsabilidad por los daños causados por los bienes gravados

29. Si bien la responsabilidad por los daños causados por los bienes gravados (a raíz de un incumplimiento contractual, o por concepto de responsabilidad civil o extracontractual) no constituye una cuestión que sea propia del régimen de las operaciones garantizadas, procede abordarla aquí puesto que puede repercutir sobre la oferta y el precio del crédito financiero. Una cuestión especialmente importante es la de la responsabilidad eventual por los daños ecológicos o ambientales causados por los bienes constituidos en garantía real con o sin desplazamiento dado que el valor monetario de la indemnización reclamable y el perjuicio ocasionado a la reputación del prestamista podrían superar en gran medida el valor en sí de los bienes gravados. Algunos regímenes exoneran expresamente a los acreedores garantizados de dicha responsabilidad, mientras que otros la limitan en ciertos supuestos (como por ejemplo, si el acreedor garantizado no está en posesión o no ejerce el control del bien gravado). De no estar prevista ninguna exención o

limitación de la responsabilidad, dicho riesgo puede dar lugar a que se deniegue el crédito solicitado. De negociarse un seguro, el pago de la prima repercutirá, sin duda, en el costo del crédito para el deudor.

c) Producto de los bienes

i. Introducción

30. En el supuesto de que los bienes gravados sean vendidos, arrendados, dados en licencia, permutados o enajenados de cualquier otra forma durante el período en que la obligación que garantizan sea exigible, el deudor recibirá normalmente, a cambio de dichos bienes, dinero en efectivo, bienes corporales (es decir, mercaderías o títulos negociables) o bienes inmateriales (es decir, créditos por cobrar o algún otro derecho). Muchos ordenamientos jurídicos entienden que la suma cobrada o los bienes corporales o inmateriales recibidos a cambio son el "producto" del bien gravado. En algunos casos, el producto del bien gravado generará, a su vez, su propio producto, al disponerse del producto inicial del bien gravado a cambio de otro bien. A veces este producto del nuevo acto de disposición se denomina "producto del producto".

31. En ocasiones, el bien gravado generará algún otro bien o activo del deudor, incluso sin acto de disposición alguno de dicho bien. Se trataría, por ejemplo, de los intereses o dividendos devengados por ciertos activos financieros, de animales recién nacidos o de frutos o cosechas. En algunos ordenamientos jurídicos, todo bien generado de esta forma por el bien gravado será designado por el término de "frutos civiles" o "frutos naturales" de dicho bien.

32. Algunos ordenamientos hacen una distinción clara entre los frutos civiles o naturales del bien gravado y el producto resultante de todo acto de disposición de dicho bien, por lo que su régimen también difiere. Este criterio se suele justificar por razón de lo difícil que tal vez sea identificar el producto de un acto de disposición y por la necesidad de proteger los derechos de todo tercero sobre dicho producto. En otros ordenamientos, al no hacerse esa distinción entre los frutos civiles o naturales y el producto de una enajenación, les será aplicable un mismo régimen. Para justificar este criterio se menciona la dificultad de distinguir entre los frutos y civiles o naturales y el producto de una enajenación, y el hecho de que unos y otros nacen del bien gravado o pueden sustituirlo o afectar a su valor.

33. Todo régimen legal de las garantías reales deberá resolver dos cuestiones distintas suscitadas tanto por el producto de un acto de disposición del bien gravado como por sus frutos civiles o naturales (en adelante designados por el término común de "producto", salvo indicación expresa en contrario). La primera cuestión será la de determinar si el acreedor garantizado retiene su garantía real sobre el bien gravado al ser éste transferido por el deudor a un tercero mediante un acto de disposición que genere el denominado producto de dicha operación comercial (véase un análisis de esta cuestión en A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párr. 67).

34. La segunda cuestión a resolver será la de determinar el alcance de todo derecho eventual del acreedor garantizado sobre el producto. Todo régimen legal de las garantías reales deberá dar soluciones claras a ciertas cuestiones clave relativas al derecho de un acreedor garantizado sobre el producto del bien gravado (véanse párrs. 35 a 41).

ii. Extensión de una garantía real al producto del bien gravado

35. La justificación de que la garantía real recaiga también sobre el producto del bien gravado radica en el hecho de que de no suceder así el acreedor garantizado podría perder su garantía sobre el bien gravado o verla reducida por todo acto de disposición de dicho bien y así se verían frustradas sus expectativas de percibir todo ingreso reportado por el bien gravado. Todo régimen legal que no permita la extensión o el traslado de la garantía real al producto dimanante de la enajenación de un bien gravado, no protegerá debidamente al acreedor garantizado frente al incumplimiento eventual del deudor y, por lo tanto, restará valor al bien gravado como garantía para la obtención de crédito financiero. Este resultado, mermaría la oferta o elevaría el precio de todo crédito ofrecido, aun cuando subsista, en principio, la garantía real sobre el bien gravado, tras su enajenación a un tercero. La razón está en que la transferencia del bien gravado a un tercero puede dificultar su localización, lo que, al elevar el costo de ejecución de la garantía, reducirá su valor.

iii. Supuestos en los que puede nacer una garantía real sobre el producto

36. Suele nacer una garantía real sobre el producto al enajenarse el bien gravado por considerarse que el producto de dicha venta sustituye al bien inicialmente gravado por el deudor. En los regímenes que tratan los frutos civiles o naturales del bien gravado como producto, puede nacer un derecho sobre tal producto aunque no se haya realizado ningún acto de disposición del bien inicialmente gravado (por ejemplo, los dividendos que devengan las acciones), puesto que esto es compatible con las expectativas de las partes.

iv. Carácter personal o real de los derechos sobre el producto

37. Si la garantía que el acreedor garantizado tiene sobre el producto es un derecho real, ninguna operación u hecho subsiguiente le perjudicará, ya que su garantía real será oponible a terceros. Ahora bien, el hecho de reconocer al acreedor garantizado una garantía real sobre el producto del bien gravado puede frustrar las expectativas legítimas de todo otro acreedor que obtenga una garantía real constituida directamente sobre dicho producto, a título de bien inicialmente gravado en beneficio suyo. No obstante, todo régimen legal que distinga entre el acto de constitución de una garantía real y su prelación sólo daría lugar a este resultado si el acreedor que goce de una garantía real que se extienda al producto del bien gravado goza también de prelación frente a todo acreedor que negocie una garantía real constituida sobre dicho producto como bien inicialmente gravado. Sin embargo, dicha prelación se determinará en función del momento en que se inscriba en un registro público la notificación de la creación de la respectiva garantía, por lo que, en dichos regímenes todo prestamista eventual podrá enterarse por adelantado de la existencia de una garantía real sobre cualquier bien de su eventual deudor (o sobre el producto eventual de dicho bien) y podrá tomar toda medida que proceda para identificar y localizar el producto de su venta, y podrá también negociar, de ser ello posible, un acuerdo de subordinación o renuncia a la prelación entre acreedores.

v. Identificación del producto

38. Cuando el producto del bien o bienes gravados no se guarde por separado de los demás bienes del deudor, cabe preguntarse si, en tales condiciones, puede subsistir una garantía real sobre dicho producto. La respuesta a este interrogante

generalmente dependerá de si cabe identificar los bienes que constituyan el producto del bien gravado. Si el producto se guarda en forma de mercancías, junto con otras mercancías del deudor, cabe que dichas mercancías sean lo bastante identificables como producto del bien gravado para que subsista sobre ellas la garantía, a título de producto del bien gravado. Aun cuando las mercancías que constituyan el producto del bien gravado estén tan mezcladas con otras mercancías del deudor que ya no sea posible distinguirlas del conjunto o masa del bien resultante (por ejemplo, a través de algún proceso de fabricación que, como en el caso de la harina, las transforme en parte de una masa de comestibles horneados), cabría todavía prever legalmente que la garantía real quede constituida sobre dicha masa de bienes resultante, a título de sustituto industrial del producto inicial del bien gravado.

39. Si (a diferencia de las mercancías) los bienes que constituyen el producto son inmateriales, como, por ejemplo, créditos por cobrar o saldos en cuentas de depósito, y aun cuando no se los mantenga separados de los demás bienes de la misma clase pertenecientes al deudor, cabría aún identificar dichos bienes como producto del bien gravado, si resulta posible rastrearlos hasta dar con el bien o los bienes inicialmente gravados, respetando las normas que sean aplicables al proceso de rastreo. Como ejemplo de tales normas, cabe citar: i) "primero en entrar, primero en salir" (en inglés: "*FIFO*", es decir, "*first-in, first-out*"), que presupone que el primer bien que se convirtió en parte de la masa mezclada es el primer bien que se retira de dicha masa; ii) "último en entrar, primero en salir" (en inglés: "*LIFO*", es decir, "*last-in, first-out*"), que presupone que el último bien en convertirse en parte de una masa mezclada es el primer bien que se retira de la masa; y iii) la "regla del saldo intermedio más bajo", que presupone que, en la medida de lo posible, los retiros de la masa mezclada no constituyen el producto de los bienes gravados (respecto de la prelación sobre el producto, véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párrs. 65 a 73).

vi. Justificación de que la garantía real recaiga sobre el producto

40. En algunos ordenamientos jurídicos, la legislación extiende el alcance de la garantía real sobre los bienes gravados no sólo al producto, sino al producto del producto del bien gravado mediante reglas de derecho supletorio que serán aplicables salvo acuerdo en contrario de las partes. En otros ordenamientos, no existe dicha extensión, al producto, del alcance de la garantía real, pero las partes pueden constituir garantías reales sobre todo tipo de bienes. En dichos ordenamientos, las partes podrán constituir una garantía real sobre prácticamente la totalidad de los bienes del deudor (dinero en efectivo, existencias inventariadas, créditos por cobrar, títulos negociables, valores bursátiles y derechos de propiedad intelectual). Dicha autonomía permite que las partes definan al producto como parte de los bienes gravados y objeto de la garantía real otorgada al acreedor haciéndola así extensiva al producto del bien o los bienes gravados, sin necesidad de norma legal alguna. En algunos de estos ordenamientos, las partes podrán hacer extensiva al producto, por vía contractual, ciertas garantías reales basadas en la retención de titularidad del bien entregado (por ejemplo, ventas con retención de la propiedad o titularidad) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párr. 36; y también párr. 61 *infra*).

vii. Producto del producto

41. De poderse constituir una garantía real extensiva al producto del bien gravado, dicha garantía debe ser también extensiva al producto del producto. Si el acreedor garantizado pierde su garantía sobre todo producto que sea de nuevo enajenado, su riesgo crediticio vendría a ser, en definitiva, igual al de un acreedor cuya garantía real no se extendiera al producto (véase párr. 35).

3. Acuerdo de garantía

a) Funciones

42. Un acuerdo de garantía puede cumplir varias funciones, a saber: i) la de servir de fuente jurídica para el otorgamiento de una garantía real; ii) la de establecer un vínculo entre la garantía real y la obligación garantizada; iii) la de regular la relación contractual entre el deudor u otro otorgante de la garantía y el acreedor garantizado (para las garantías previas a la insolvencia, (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4; para las garantías posteriores a la insolvencia, véanse A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5 y A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6); y iv) la de minimizar el riesgo de controversias respecto de su contenido y de manipulación posterior a la insolvencia. Si bien el acuerdo de garantía puede ser un contrato independiente, suele formar parte del contrato de financiación o de otro contrato similar (por ejemplo, de un contrato de venta a crédito de mercancías) concertado entre el deudor y el acreedor.

b) Partes en el acuerdo

43. En la mayoría de los casos, el acuerdo de garantía se concierta entre le deudor como otorgante de la garantía real y el acreedor como beneficiario de la garantía. Ocasionalmente, cuando un tercero otorga la garantía, actuando como fiador del deudor, dicho tercero entra a ser parte en el acuerdo de garantía, en lugar del deudor o además de éste. En el caso de importantes préstamos concedidos en forma colectiva por varios prestamistas (especialmente en el caso de préstamos sindicados), un tercero, que actúa como agente o fiduciario de los prestamistas, se convierte en depositario de la garantía real por cuenta de todos los prestamistas. Un acuerdo de garantía puede ser estipulado para regular todas y cada una de estas posibilidades. Mientras algunos ordenamientos imponen restricciones (por ejemplo, solamente una empresa podrá otorgar una hipoteca de establecimiento mercantil), en otros ordenamientos las personas tanto físicas como jurídicas podrán ser partes en un acuerdo de garantía.

c) Contenido mínimo del acuerdo

44. Los ordenamientos jurídicos imponen diversos requisitos para la validez de un acuerdo de garantía. Sin embargo, todo acuerdo de garantía deberá, en general, identificar a las partes y describir con claridad razonable la obligación que quedará garantizada y los bienes que quedarán gravados. Con independencia de que la ley exija o no dicho contenido mínimo de un acuerdo de garantía, su omisión en el acuerdo puede dar lugar a controversias sobre la identidad y cuantía de los bienes gravados y sobre la identidad y el valor de la obligación garantizada, a menos que dichos datos puedan probarse por otros medios.

45. Las partes podrán precisar en su acuerdo de garantía otros extremos, como por ejemplo el deber de custodia y cuidado de los bienes gravados que recaerá sobre la

persona en cuya posesión estén dichos bienes y las garantías dadas en el propio acuerdo respecto de tales bienes. A falta de acuerdo explícito al respecto, tal vez sean aplicables ciertas reglas de derecho supletorio que sirvan para aclarar la relación entre las partes (respecto del período anterior a la insolvencia del deudor, véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4; respecto del período posterior a dicha insolvencia, véanse A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 y A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6).

d) Formalidades

46. Los ordenamientos jurídicos difieren respecto de los requisitos de forma de todo acuerdo de garantía, y respecto de su función o alcance. Por lo que se refiere a la forma escrita, algunos ordenamientos jurídicos no la exigen, mientras que otros exigen un simple escrito, un escrito firmado, un instrumento notarial o judicial, o algún otro documento (como en el caso de la hipoteca de establecimiento mercantil). Normalmente, la forma escrita sirve para dejar constancia o dar fe del acuerdo, para advertir a las partes sobre la trascendencia jurídica de su acuerdo, y en el supuesto de los documentos autenticados, para proteger a todo tercero contra toda tentativa de antedatar fraudulentamente el acuerdo. La forma escrita podrá ser también una condición para la validez del acuerdo entre las partes o frente a terceros o para determinar la prelación entre acreedores concurrentes. También puede ser una condición para obtener la posesión del bien gravado o para hacer valer el acuerdo de garantía ante los tribunales, al reclamarse su ejecución judicial, o en el marco de un procedimiento de insolvencia.

47. En algunos ordenamientos jurídicos se exige que una autoridad pública certifique la fecha de creación de toda garantía real con desplazamiento, salvo que el reducido importe del préstamo garantizado haga que sea admisible una prueba meramente testimonial. Si bien esta certificación puede evitar el riesgo de que se antedate el instrumento, puede demorar y encarecer una operación. En otros ordenamientos se exige que la fecha sea certificada o el acuerdo autenticado para diversos tipos de garantía real sin desplazamiento (véanse, por ejemplo, los artículos 65, 70, 94 y 101 de la Ley OHADA). En algunos de esos ordenamientos, se exige esta certificación en vez de la publicidad obtenida mediante la inscripción en un registro. Sin embargo, si que se exige dicha inscripción, no se exigirá certificación adicional alguna de la fecha del acuerdo.

48. A fin de ahorrar tiempo y gastos, habría que reducir al mínimo los requisitos imperativos de forma. Debería bastar con un simple escrito (en donde se indiquen, por ejemplo, las condiciones generales y datos distintivos de la operación) que indique claramente la intención del otorgante de otorgar una garantía real. Podría adoptar la forma de un mensaje de datos electrónicos ("la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax", véase el art. 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico), que incluya toda información consignada sobre un soporte aun cuando no sea comunicada (véase párr. 30 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo). Cabría también remitir esta cuestión al derecho interno aplicable en materia de obligaciones o dejarla al arbitrio de la autonomía de las partes en el acuerdo de garantía.

49. Respecto de toda garantía que se vaya a constituir sobre todos los bienes de un deudor o de todo acuerdo de garantía destinado a servir de título ejecutorio de la

garantía (véase párr. 46), procederá exigir un documento más formal. Cabría también no exigir escrito alguno, en tales casos, pero imponiendo al acreedor garantizado la carga de tener que probar el contenido y la fecha del acuerdo de garantía.

e) Validez

50. En algunos países en donde ningún derecho puede ser un derecho real si dicho derecho no es oponible frente a todos, una garantía real plenamente válida sólo se perfecciona una vez concertado el acuerdo de garantía y realizado un acto adicional (entrega de la posesión, notificación, inscripción en el registro o adquisición del control; véase el párrafo 57).

51. En otros países, se hace una distinción entre la validez de la garantía entre las partes en el acuerdo de garantía y su validez frente a terceros. En esos países, la garantía real nace al concertarse el acuerdo pero sólo es válida entre las partes contratantes. Se requerirá un acto adicional para que dicha garantía sea oponible frente a terceros y dicho acto ha de ofrecer una base para determinar la prelación. La principal ventaja de este requisito es que la incorporación de la noción de prelación ofrece a los deudores la posibilidad de dar unos mismos bienes en garantía a más de un deudor (sin otro límite que su valor total) y permite establecer un orden de prelación entre varios acreedores (véanse A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1 párr. 8 y A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, párrs. 7 a 14).

4. Requisitos del carácter real

a) Dominio, derecho real de alcance limitado o derecho de disposición

52. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el otorgante de la garantía real (que generalmente es el deudor, pero que puede ser un tercero) debe tener el dominio del bien o bienes que se han de gravar o ser el titular de algún derecho real limitado sobre éstos (véase el párr. 14). En otros ordenamientos jurídicos, basta con que el garante esté facultado para disponer del bien (aunque no sea su propietario). Con respecto a los bienes futuros, bastará con que en una fecha futura el otorgante de la garantía vaya a adquirir el dominio o la facultad de disposición sobre dichos bienes (véanse párrs. 16 a 18).

53. Cuando el otorgante no goce ni del dominio ni de la facultad de disposición sobre el bien gravado, se plantea la cuestión de si el acreedor garantizado podrá, no obstante, adquirir la garantía, si ha obrado de buena fe. Conforme a algunos regímenes, el acreedor podrá adquirir una garantía real sobre el bien gravado cuando su convencimiento de que el otorgante gozaba de la titularidad del bien, o de un derecho real limitado o facultad de disposición válida al respecto, esté respaldado por un criterio objetivo (por ejemplo, que el otorgante de la garantía está inscrito como propietario de los bienes que se han de gravar o que dichos bienes o bien en su posesión y el otorgante transfiera dicha posesión al acreedor). En algunos países se exige como requisito adicional que consiste en que el acreedor garantizado haya otorgado o esté por otorgar crédito al deudor.

b) Restricciones contractuales del derecho de disposición

54. En algunos países se reconoce la validez de las restricciones contractuales del derecho de disposición a fin de proteger los intereses de la parte a favor de la cual

se pactó dicha restricción. En otros países, estas restricciones contractuales carecen de validez o su validez está limitada, a fin de preservar la libertad de disposición del otorgante eventual de una garantía, en especial cuando la persona que adquiere un derecho a una garantía sobre el bien no conozca la existencia de dicha restricción.

55. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos sigue un criterio similar y apoya la transferibilidad de créditos por cobrar, en interés de la economía en general. En virtud del párrafo 1 del artículo 9 de la Convención, una cesión es válida aunque exista un acuerdo entre el cedente ("deudor" conforme a la terminología de la Guía) y el deudor ("deudor de una cuenta" por cobrar en la terminología de la Guía). Sin embargo, el efecto de esta disposición se ve limitado de dos maneras. En primer lugar, sólo se aplica a los créditos comerciales en sentido amplio (véase párr. 3, art. 9); y en segundo lugar, si dicha restricción contractual es válida con arreglo al derecho por lo demás aplicable al margen del régimen de la Convención, el artículo 9 no la invalida entre el cedente y el deudor (véase párr. 2, art. 9). El deudor podrá reclamar daños y perjuicios del cedente por incumplimiento del contrato si dispone de una acción al respecto en virtud del derecho por lo demás aplicable, al margen del régimen de la Convención. Sin embargo, no podrá oponer dicha reclamación judicial frente al cesionario, a título de derecho de compensación (véase párr. 3, art. 18). Además, el mero conocimiento de la existencia de la restricción por parte del cesionario ("acreedor garantizado" en la terminología de la Guía) no basta para resolver o anular el contrato originario del crédito cedido (véase párr. 2, art. 9).

56. Este criterio promueve las operaciones de financiación mediante créditos, ya que libera al cesionario (es decir, al acreedor garantizado) de la carga de examinar los contratos que dieron nacimiento al crédito por cobrar para comprobar si la transferencia de éste estaba prohibida o condicionada. De no ser así, los prestamistas deberían examinar un gran número de contratos, lo cual resultaría muy costoso o incluso imposible (por ejemplo, en caso de créditos futuros).

c) Transferencia de la posesión o del control, notificación e inscripción

57. En algunos países, además del acuerdo de garantía, se requiere algún otro acto para la constitución de una garantía real (entrega de la posesión o del control, notificación o inscripción). En otros países, bastará con un acuerdo de garantía para constituir una garantía real válida entre el otorgante de la garantía y el acreedor garantizado, pero hará falta algún acto adicional para que dicha garantía sea oponible a terceros. Dicho acto puede variar de un país a otro e incluso dentro de un mismo país, según el tipo de garantía real de que se trate (véanse A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2 y 3).

5. Dispositivos de garantía real basados en la titularidad

58. Ciertos acuerdos relativos a la titularidad o propiedad de un bien pueden tener por objeto constituir una garantía real. cabe citar al respecto los denominados acuerdos de retención o de transferencia de la titularidad para fines de garantía, la cesión de algún bien con fines de garantía, como también las operaciones de venta y reventa, de cesión con arrendamiento de retorno, de compraventa a plazos y de arrendamiento financiero.

59. En los ordenamientos con un régimen global completo de las operaciones garantizadas, la creación de un dispositivo de garantía real basado en la cesión o retención de la titularidad con fines de garantía se suele llevar a cabo de la misma manera que la constitución de cualquier otra garantía real (es decir, se sustituye dicho dispositivo por una única variedad de garantía real uniforme, o se mantiene la denominación propia de cada dispositivo utilizable, pero su constitución y sus efectos se rigen por el régimen común aplicable a las garantías reales). En algunos de estos ordenamientos jurídicos, habida cuenta de la importancia para la economía, en general, de los proveedores de mercancías y materiales, se sigue la política de otorgarles una prelación especial (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párr.22). Podrá, por ello, otorgarse dicha garantía a toda persona que financie la compra de mercancías, ya sea el propio proveedor o una institución financiera. Dicha política tiene por objeto fomentar la competencia entre los proveedores de mercancías a crédito y las instituciones financieras, habida cuenta del impacto positivo que dicha competencia puede tener en la oferta y el precio de crédito financiero (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párr. 29).

60. En otros ordenamientos jurídicos, los dispositivos de garantía real basados en la cesión o retención de la titularidad constituyen esencialmente la única o la principal modalidad de garantía real sin desplazamiento, siéndoles aplicables diversas reglas de origen legal o jurisprudencial. Tales ordenamientos pueden diferir notablemente entre sí. En algunos de ellos, solamente la retención de la titularidad se rige por un régimen especial, mientras que la transferencia o cesión de la titularidad de las mercancías y la cesión de créditos por cobrar con fines de garantía están sujetas al régimen común que sea aplicable a la constitución de toda garantía real.

a) Retención de la titularidad

61. Los regímenes legales, que tratan a los dispositivos de garantía basados en la titularidad como distintos de la garantía real difieren ampliamente entre sí en lo que concierne a los requisitos necesarios para su constitución y a la importancia económica que se asigna a la retención o reserva de la titularidad. En algunos ordenamientos, la retención de la titularidad es de uso corriente y es oponible frente a terceros, mientras que en otros ordenamientos su utilización es insignificante y generalmente no es oponible frente a terceros o, al menos, no lo será frente al administrador de la insolvencia del comprador. Un punto de convergencia entre muchos regímenes legales radica en el hecho de que la simple retención o reserva de la titularidad es considerada como un dispositivo propio del régimen estrictamente de la propiedad, mientras que las cláusulas de retención de la titularidad sobre todos los créditos por cobrar, los frutos y todo producto comercial del bien transferido son considerados como cláusulas constitutivas de una garantía real auténtica (véanse diversos tipos de cláusulas de retención de la titularidad en A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párrs. 36 y 37). Otra cuestión respecto de la cual convergen muchos ordenamientos jurídicos que contemplan la retención de la titularidad como un dispositivo genuino de garantía real es que únicamente el vendedor podrá retener la titularidad, mientras que todo otro prestamista sólo podrá adquirir dicha reserva de la titularidad si adquiere, por vía de cesión, el saldo acreedor pendiente del precio de compra. Al adoptar este criterio, algunos países tratan de favorecer al proveedor a crédito de las mercancías frente a las instituciones que financian la compra de dichas mercancías, por considerar que dichos

proveedores (fabricantes y distribuidores) son un factor importante para la economía que debe ser amparado frente a la posición dominante de las instituciones financieras en el mercado crediticio.

62. En algunos ordenamientos, la retención de la titularidad puede nacer de una cláusula del propio contrato de compraventa, que podrá ser concertada incluso verbalmente o por remisión al texto impreso de sus condiciones generales. En otros regímenes tal vez se exija la forma escrita, la indicación de la fecha y quizá incluso la inscripción. En algunos ordenamientos, si las mercancías sujetas a reserva o retención de la titularidad se mezclan con otras, la retención de la titularidad se extinguirá, mientras que en otros ordenamientos dicha retención de la titularidad subsistirá siempre y cuando el comprador siga estando en posesión de otras mercancías idénticas o equivalentes. En algunos otros ordenamientos, se preservará la retención de la titularidad, aunque las mercancías sean transformadas en algún otro bien o aun cuando sean mezcladas con otros bienes, mientras que conforme a otros regímenes no cabe extender la retención de la titularidad a los productos fabricados o mezclados. Conforme a algunos regímenes, todo nuevo comprador adquirirá la titularidad de las mercancías si su comprador inicial estaba facultado para revenderlas, mientras que con arreglo a otros el nuevo comprador adquirirá el dominio, aun cuando el comprador inicial no estuviera facultado para revender las mercancías, pero únicamente si dicho nuevo comprador ignoraba que hubiera una cláusula de retención de la titularidad por el vendedor inicial. En unos cuantos países, los tribunales han reconocido que el comprador adquiere una expectativa de dominio equiparable a la titularidad. En dichos países, el comprador estará facultado para revender las mercancías o para ofrecerlas a título de garantía real (dicha expectativa de dominio del comprador formará parte de su patrimonio, en todo supuesto de insolvencia).

b) Transferencia de la titularidad y cesión de créditos por cobrar con fines de garantía

63. Existen ciertas divergencias en la terminología utilizada y en los requisitos exigidos para la constitución y la validez de toda cesión fiduciaria de la titularidad con fines de garantía. En algunos ordenamientos, la cesión en garantía de la propiedad de un bien es nula frente a terceros e incluso entre el cedente y el cesionario. En otros ordenamientos, si bien dicha cesión en garantía de la titularidad es válida, se utiliza muy poco, por disponerse de otras garantías reales sin desplazamiento. En la mayoría de los ordenamientos que reconocen la cesión en garantía de la titularidad, la constitución y eficacia de esta garantía, o al menos sus efectos más importantes, se rigen por el régimen común que sea aplicable a las operaciones garantizadas en general, al menos en todo supuesto de insolvencia del cedente. En algunos de estos ordenamientos, toda cesión en garantía de la titularidad ha de ser inscrita para ser válida o, al menos, para que sea válida frente a terceros.

64. Respecto de la cesión de créditos por cobrar, que es una modalidad de cesión muy frecuente, la tendencia actual es a que se rija por un único régimen, independientemente de si se trata de una cesión pura y simple, de una cesión en garantía de la titularidad o de una cesión a título de garantía. Esta tendencia está reflejada en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (véase art. 2). Sin embargo, los ordenamientos jurídicos difieren entre sí respecto de los requisitos exigidos para que una cesión sea válida. Algunos ordenamientos

exigen que la cesión conste por escrito o que sea notificada al deudor del crédito o créditos. Conforme a otros ordenamientos la cesión no sólo ha de constar por escrito para ser válida entre el cedente y el cesionario, sino que ha de ser inscrita para ser oponible a terceros. Los ordenamientos jurídicos también difieren respecto de la validez de una cesión de créditos por cobrar futuros o de crédito por cobrar que no hayan sido específicamente identificados, así como respecto de la validez de una cesión de créditos efectuada en violación de una cláusula de intransferibilidad inserta en el contrato del que nazcan dichos créditos. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos reconoce validez a todas esas modalidades de cesión de créditos por cobrar (véanse arts. 8 a 10).

c) Acuerdos contractuales con fines de garantía

65. Las operaciones de venta y reventa, de venta con arrendamiento en retorno, de venta a plazos y de arrendamiento financiero son a menudo concertadas con fines de garantía. En algunos ordenamientos se les aplica el régimen de las garantías reales, mientras que en otros se les aplica el régimen de los acuerdos contractuales creadores de derechos personales. En aquellos ordenamientos que las regulan como dispositivos meramente contractuales de garantía, sus requisitos y efectos suelen ser muy diversos.

B. Resumen y recomendaciones

66. Debería ser posible garantizar todo tipo de obligaciones, incluidas las obligaciones futuras y una masa fluctuante de obligaciones. También debería ser posible dar en garantía todo tipo de bienes, incluidos los accesorios fijos, los bienes incorporados a otros bienes, y ciertos bienes sobre los que el deudor tal vez no tenga el dominio o la facultad de disponer libremente de ellos, o que tal vez no existan en el momento de constituirse la garantía real, así como el producto de los bienes gravados. Toda excepción a dicho régimen debería estar limitada y claramente descrita en el régimen legal de las operaciones garantizadas.

67. Todo acuerdo de constitución de una garantía real sin desplazamiento debe consignarse por escrito. Dicho escrito deberá explicitar ciertos datos e indicar con claridad la intención del otorgante de constituir una garantía real. Deberá también identificar a las partes en el acuerdo de garantía y describir con claridad razonable la obligación garantizada y el bien o los bienes gravados (pero no debe exigirse una descripción específica de cada bien gravado). No procede exigir la forma escrita para la constitución de una garantía real con desplazamiento. De no exigirse un escrito, el acreedor garantizado deberá asumir la carga de probar las condiciones del acuerdo de garantía y la fecha de constitución de la garantía real.

68. Para constituir una garantía real con desplazamiento se habrá de concertar un acuerdo entre el acreedor garantizado y el otorgante de la garantía, que hará entrega de la posesión del bien gravado al acreedor garantizado o a un tercero designado de común acuerdo.

69. Para constituir una garantía real sin desplazamiento debería bastar con un acuerdo entre el otorgante de la garantía y el acreedor garantizado. Se podrá exigir algún acto adicional para que dicho acuerdo sea oponible a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las recomendaciones respecto de las garantías reales basadas en la retención o en la cesión de la titularidad.*]

VI. POSIBLE LABOR FUTURA

Posible labor futura en materia de contratación pública (tema 9 del programa provisional) (A/CN.9/553) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
I.	Introducción	1-7
II.	Historia y fines de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios	8-9
III.	Aplicaciones de comunicaciones y tecnologías electrónicas para las contrataciones públicas	10-40
	A. Publicación de oportunidades de contrato	17-20
	B. Publicación de las leyes y las reglamentaciones que rigen los contratos de contratación pública	21
	C. Publicación del pliego de condiciones y la información conexa	22
	D. Publicación de la adjudicación de contratos	23
	E. Utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública	24-29
	F. Subasta electrónica de oferta progresiva	30-38
	G. Catálogos electrónicos	39
	H. Conclusiones y recomendaciones respecto del empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública	40
IV.	Cuestiones adicionales que tal vez proceda examinar en la Ley Modelo de la CNUDMI	41-82
	A. La utilización de listas de proveedores	45-56
	B. Contratación de servicios	57-60
	C. Otros métodos posibles de contratación	61-62
	D. Participación comunitaria en la contratación	63-67
	E. Acuerdos marco	68-75
	F. Evaluación y comparación de las ofertas	76-79
	G. Vías de recurso y su ejecutoriedad	80-82
V.	Otros puntos que cabría examinar	83-84
VI.	Conclusiones y recomendaciones	85-86

I. Introducción

1. En su 14º período de sesiones, celebrado en 1981, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decidió que para reforzar aún más la función de coordinación de la Comisión, la Secretaría seleccionase, a intervalos apropiados, un tema particular para su análisis y presentase un informe que girase en torno, entre otras cosas, de la labor ya realizada sobre ese tema, indicando las cuestiones que sean susceptibles de unificación y modernización jurídicas[1].

2. La Secretaría ha seleccionado la Ley sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios para que la Comisión proceda a realizar dicho análisis. En consecuencia, la Secretaría presentó dos notas sobre la cuestión de la contratación pública a la Comisión, en su 36º período de sesiones, celebrado en Viena del 30 de junio al 11 de julio de 2003 (documentos A/CN.9/539 y A/CN.9/539/Add.1). En esas notas se recogen actividades en marcha que otras organizaciones realizan en la esfera de la contratación pública y se presenta información sobre la experiencia práctica adquirida en su aplicación. Las notas se concibieron como punto de partida para formular propuestas sobre la manera de abordar las cuestiones planteadas, con miras a su examen por un grupo de trabajo que se pudiese convocar en el tercer trimestre de 2004, con sujeción a que la Comisión lo confirme en su 37º período de sesiones.

3. En su informe sobre el 36º período de sesiones, la Comisión expresó su vigoroso apoyo a la inclusión de la ley de contratación en el programa de trabajo de la Comisión, para, entre otras cosas, posibilitar el examen de cuestiones y prácticas novedosas que han surgido a partir de la aprobación en 1994 de la Ley Modelo de la CNUDMI[2].

4. En este sentido, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase estudios pormenorizados sobre cuestiones relativas a la contratación pública conforme se determina en las notas que se le presentaron[3].

5. La Comisión también tomó nota de que su labor podría ampliarse a la formulación de mejores prácticas, cláusulas contractuales modelo y otras formas de asesoramiento práctico, además de orientación legislativa, o como alternativa a ésta. Se tomó nota asimismo de que en los estudios y las propuestas de la Secretaría se debía tener en cuenta el hecho de que, en algunos países, la contratación pública no era un asunto sujeto a legislación, sino que estaba supeditada a directrices internas de los ministerios y los organismos gubernamentales[4].

6. La labor que la Secretaría realizó a partir de entonces ha sido en estrecha colaboración con organizaciones que cuentan con experiencia y conocimientos especializados en esa esfera, tales como el Banco Mundial, y ha recibido el beneficio de consultas con expertos en la materia. En los estudios realizados por la Secretaría sobre cuestiones relativas a la contratación pública, acorde a la petición

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, décimo cuarto período de sesiones*, Suplemento Núm. 17 (documento A/36/17), párr. 100.

[2] Ibíd., *trigésimo sexto período de sesiones*, Suplemento Núm. 17 (documento A/58/17), párr. 229.

[3] Ibíd., párr. 230.

[4] Ibíd.

de la Comisión, también se han tenido en cuenta las negociaciones celebradas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio y otras organizaciones internacionales y regionales.

7. En la presente nota de la secretaría figura un resumen de los estudios realizados, y se presenta como seguimiento de las notas A/CN.9/539 y A/CN.9/539/Add.1, así como para ayudar a la Comisión a examinar la manera de abordar las cuestiones que se plantean en esta esfera.

II. Historia y fines de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios

8. Conforme se recoge en el párrafo 2 de la nota de la secretaría A/CN.9/539, el objetivo de la Ley Modelo de la CNUDMI, y la Guía para la Promulgación[5], que la acompaña, es servir de modelo a los Estados para la evaluación y modernización de sus leyes y prácticas en materia de contratación pública y el establecimiento de leyes sobre contratación pública en los lugares en los que previamente no existían. Además, la Ley Modelo de la CNUDMI contiene procedimientos destinados a fomentar la competencia, la transparencia, la equidad, la economía y la eficiencia en el proceso de adjudicación, y ha demostrado ser un importante instrumento internacional de referencia a la hora de reformar el régimen de contratación pública. Más de 30 países de diversas regiones del mundo han promulgado leyes basadas o inspiradas, en gran parte, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública, y la aplicación de su régimen ha supuesto una notable armonización de los procedimientos y prácticas de la contratación pública en todo el mundo.

9. No obstante, conforme se informó anteriormente a la Comisión, la experiencia adquirida en la reforma de leyes sobre la base de la Ley Modelo de la CNUDMI, conjuntamente con nuevas cuestiones y prácticas que han surgido en su aplicación práctica, pueden justificar un esfuerzo dirigido a examinar determinadas cuestiones que se abordan en el presente texto. Específicamente, el uso cada vez mayor del comercio electrónico para la contratación pública, incluidos métodos basados en la Internet, son capaces de promover en mayor medida los objetivos de las leyes sobre contratación pública. Además, las actividades de determinadas organizaciones internacionales y regionales en la esfera de la contratación pública reflejan la importancia cada vez mayor de los regímenes de contratación pública para el desarrollo de las economías nacionales y para la integración a los niveles regional e interregional. Asimismo, ponen de manifiesto la necesidad de contar con modelos armonizados y modernos, y de coordinar los esfuerzos de los órganos internacionales que obran en la esfera de la contratación pública.

III. Aplicaciones de comunicaciones y tecnologías electrónicas para las contrataciones públicas

10. Hay dos acontecimientos tecnológicos principales en los últimos 10 años que han cambiado la manera en que las contrataciones públicas se han llevado a cabo:

[5] La Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios en el derecho interno (documento A/CN.9/403).

primeramente, la utilización de medios de comunicación electrónicos se ha difundido y, en segundo lugar, ciertos Estados ahora realizan algunas partes de sus contrataciones públicas por medios electrónicos (o sea, licitaciones u otros medios de otorgar contratos se realizan en línea, mediante un sistema protegido por derechos de propiedad o en la Internet). La popularidad de la contratación pública realizada por medios electrónicos va en rápido aumento y tanto las leyes nacionales como la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Unión Europea la están teniendo en cuenta.

11. No obstante, a pesar de que en documentos publicados recientemente por instituciones prestatarias internacionales en los que se abordan normas para evaluar los sistemas de contratación pública nacionales se alienta la utilización de medios electrónicos, en los mismos no se ofrecen principios que orientasen su reglamentación. Se han señalado a la atención de la Secretaría observaciones y sugerencias concretas en las que se abordan maneras de adaptar la Ley Modelo de la CNUDMI a la contratación pública por medios electrónicos. En consecuencia, la Comisión tal vez estime que, además de tratar varias cuestiones fundamentales de la contratación pública por medios electrónicos, se podría brindar orientación útil sobre métodos de contratación pública por medios electrónicos.

12. La Secretaría considera las cuestiones planteadas desde la perspectiva de la manera en que las mismas se puedan abordar en la Ley Modelo de la CNUDMI en el marco de sus disposiciones existentes o, si fuese necesario adoptar más disposiciones, desde la perspectiva de sus objetivos y disposiciones existentes. Muchas prácticas de contratación pública por medios electrónicos se pueden ajustar mediante la interpretación de las leyes y normas existentes, pero puede que aún queden algunos obstáculos inconvenientes respecto de la utilización del comercio electrónico en la contratación pública[6].

13. Los medios de comunicación electrónicos son utilizados por las entidades de contratación pública para comunicarse con los proveedores, y con el público y otros órganos públicos, y en los procesos administrativos internos de un gobierno. Se pueden emplear en todas las etapas del ciclo de contratación pública: o sea, en la planificación, en el propio proceso de contratación mediante la publicidad y la transmisión de documentos e información, tales como especificaciones e invitaciones de licitaciones, y en la propia licitación. También se emplean en la administración del contrato definitivo, desde la formulación de pedidos, pasando por la facturación y el pago.

14. Las posibles ventajas del empleo del comercio electrónico incluyen una mejor relación costo-calidad resultante de la presión decreciente en los precios, por cuanto se puede llegar a un mayor número de posibles proveedores, y en algunos casos mediante la promoción de la normalización. También incluyen una mayor eficiencia operacional, resultante del ahorro en los costos de transacción (como los del procesamiento de papel), de ahorros derivados de la aceleración de las

[6] Algunos de esos obstáculos se refieren a los procedimientos de contratación pública electrónicos y podrían no tenerse plenamente en cuenta en la legislación uniforme, en particular la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas (2001) (documento A/56/17 y Corr.3, anexo II; véase también la resolución 56/80 de la Asamblea General, anexo), que se fundamentan en el principio de la equivalencia funcional de los mensajes electrónicos y en papel.

comunicaciones y un acceso más fácil a la información sobre los proveedores y los contratos, así como un mejor cumplimiento de las normas y políticas, incluida la capacidad de mejorar la supervisión.

15. La medida en que los Estados pueden beneficiarse de la contratación pública por medios electrónicos dependerá de varios factores, incluidos el acceso a la electricidad, las telecomunicaciones y los soportes físicos y programas electrónicos confiables y asequibles, la idoneidad de la ley general sobre comercio electrónico, el grado de estandarización y los recursos humanos disponibles. Habida cuenta de que la contratación pública no siempre compete a la legislación, sino a directrices internas de ministerios y organismos gubernamentales, tal vez la Comisión desee examinar si existe la necesidad de contar con disposiciones más detalladas en la formulación de las leyes nacionales de los Estados a fin de ofrecer el nivel de reglamentación apropiado, y si se deben explicar principios pertinentes en la Guía para la Promulgación que acompaña a la Ley Modelo de la CNUDMI.

16. En las secciones de la presente nota que figuran a continuación la secretaría aborda determinadas cuestiones resultantes del empleo cada vez mayor de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación.

A. Publicación de oportunidades de contrato

17. Los objetivos de la Ley Modelo de la CNUDMI se lograrán mejor si las oportunidades se difunden lo más ampliamente posible a un costo razonable, y, por consiguiente, surge la cuestión de si esos objetivos se verían favorecidos mediante la estipulación de que la publicación de oportunidades se efectúe por medios electrónicos además de por otros más tradicionales, o como alternativa a éstos.

18. Se ha sugerido a la secretaría que las publicaciones por medios electrónicos alcancen un grado máximo de eficacia cuando tienen un carácter obligatorio (o sea, cuando no se permite acompañarlas de publicaciones en papel). No obstante, pueden presentarse ventajas significativas incluso cuando los medios electrónicos tienen un carácter opcional. Además, los mayores beneficios resultantes de los medios electrónicos de carácter obligatorio se pueden ver contrarrestados por el aumento de los costos, especialmente en las primeras etapas de la aplicación de los sistemas electrónicos. En consecuencia, la Comisión tal vez desee examinar (habida cuenta de las circunstancias que actualmente imperan en varios Estados) la posibilidad de formular normas legislativas en las que se aborde la cuestión del uso obligatorio u opcional de la publicación electrónica (y la cuestión conexa de si es procedente estipular esas normas si las mismas pudiesen restringir la posibilidad de acceder a la información de que se trate).

19. En el artículo 24 de la Ley Modelo de la CNUDMI se establece que, al aplicar la Ley Modelo de la CNUDMI, la participación en una contratación se debe anunciar mediante su publicación en un lugar especificado por el Estado que promulga y (en el caso de las contrataciones internacionales) en un “periódico” o “publicación comercial o revista técnica o profesional pertinentes” de amplia circulación a nivel internacional. Esta disposición supone un medio de publicación en papel. En otros regímenes de contratación pública se establecen diferentes requisitos de publicación: por ejemplo, un órgano regional, publica información

relativa a oportunidades en forma electrónica únicamente, y otros órganos permiten cualquier medio que satisfaga los requisitos relativos a la accesibilidad.

20. Alternativamente, se podría necesitar la publicación electrónica en los casos en que sea posible en el Estado interesado, aunque fuese de manera suplementaria a los medios de papel, si se considera que proporciona una publicación más amplia a un costo limitado. Similarmente, se podría proporcionar electrónicamente una mayor cantidad de información por cuanto se espera que sus costos sean inferiores que empleando medios de papel tradicionales Tal vez la Comisión desee examinar si sería necesario proporcionar orientación legislativa, ya sea en la Ley Modelo de la CNUDMI o en la Guía para la Promulgación que la acompaña, que abarque (entre otras cosas) cuestiones tales como la flexibilidad, quiénes deben adoptar decisiones respecto del medio de publicación, si se debe justificar únicamente el empleo de medios electrónicos, cuál debe ser la fundamentación de esas decisiones, y quién debe asumir la responsabilidad respecto de cualesquier omisión.

B. Publicación de las leyes y las reglamentaciones que rigen los contratos de contratación pública

21. En el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI se estipula que los reglamentos, las decisiones y las directrices administrativas de aplicación general "serán puestos sin demora a disposición del público y se actualizarán sistemáticamente". El alcance de este artículo es lo suficientemente amplio como para abarcar la publicación en cualquier forma, electrónica u otra, pero se puede considerar conveniente contar con una disposición expresa que posibilite o exija la publicación por medios electrónicos. Además, la Comisión tal vez desee examinar si es menester contar con una norma legislativa en esta esfera, teniendo en cuenta el limitado costo de la publicación de información por medios electrónicos, y si la información pertinente relativa a posibles proveedores (como políticas u orientación internas) cuya publicación actualmente no se exige, se debe publicar por medios electrónicos o cualquier otro medio disponible. Las cuestiones que se plantean en el párrafo anterior también son válidas respecto de la cuestión de la publicación de leyes y reglamentaciones pertinentes.

C. Publicación del pliego de condiciones y la información conexa

22. En el artículo 27 de la Ley Modelo de la CNUDMI se trata sobre la información que se debe incluir en el pliego de condiciones. No se hace referencia específica a la información sobre el uso de medios electrónicos, pero en el inciso z) del artículo 27 se permite a la entidad adjudicadora incluir cualquier otro requisito que la misma haya establecido en relación con el proceso de adjudicación y se podría incluir esa información sobre la utilización de medios de comunicación y licitación electrónicos. En la Guía para la Promulgación se sugiere que los Estados tal vez deseen formular más reglamentaciones sobre esas cuestiones.

D. Publicación de la adjudicación de contratos

23. En el artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI se establece que las entidades adjudicadoras publiquen anuncios de adjudicaciones de contratos por encima de un umbral especificado por el Estado promulgante, y que las reglamentaciones podrán disponer la manera en que se ha de efectuar el anuncio público. De nuevo, el alcance de ese artículo es lo suficientemente amplio como para abarcar la publicación en cualquier forma, electrónica o de otro tipo, pero se puede considerar conveniente contar con una disposición expresa que permita o exija la publicación por medios electrónicos, teniendo en cuenta las cuestiones que se plantean en el párrafo 20 *supra*.

E. Utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública

24. Las comunicaciones por medios electrónicos se pueden utilizar en todo el procedimiento de contratación pública, para la distribución de pliegos de documentos e invitaciones a participar y la presentación de información sobre la preselección, y de licitaciones y propuestas, entre otras cosas. Entre sus ventajas figuran la disminución de los costos de procesamiento, la mayor velocidad de las comunicaciones, la posibilidad de disminuir la corrupción y los usos indebidos (como resultado del contacto menos directo entre funcionarios y proveedores y una mayor anonimidad de las licitaciones), así como una comunicación más fiable para los proveedores no locales, en Estados en los que el servicio de correos es poco fiable. Estas ventajas pueden generar un aumento de la competencia, como si condujesen a una participación más amplia de las empresas no locales.

25. En el apartado 1) del artículo 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI se establece que las comunicaciones se harán de tal forma que se deje constancia de su contenido (o, como alternativa para la mayoría de las comunicaciones, que se confirme de manera que se deje constancia de su contenido), y, en consecuencia, no se excluyen los medios de comunicación electrónicos.

26. La posibilidad de la presentación de licitaciones por medios electrónicos tampoco se excluye con arreglo a la Ley Modelo de la CNUDMI, en el sentido de que en el apartado b) del párrafo 5 del artículo 30 se estipula específicamente que "la oferta podrá [...] presentarse de cualquier otra forma que se especifique en el pliego de condiciones por la que se quede constancia del contenido de la oferta y que proporcione por lo menos un grado análogo de autenticidad, seguridad y confidencialidad". Aparte de las formas sobre el requisito de la constancia que figura en el apartado 1) del artículo 9 conforme se expresa *supra*, en la Ley Modelo de la CNUDMI no se establece ningún control explícito respecto del uso de medios electrónicos, salvo cuando esos medios se utilizan para presentar licitaciones en la licitación formal. Por ejemplo, no existe requisito alguno para velar por que la confidencialidad de la información en los documentos que presentan los proveedores se pueda mantener a un nivel equivalente al que es posible en los documentos en papel. En consecuencia, podría ser útil, y quizás necesario, que una disposición como el artículo 30 se acompañase de disposiciones detalladas sobre la autenticidad, seguridad y confidencialidad, de tal manera que los proveedores y el público cuenten con el mismo grado de confianza en los procedimientos

electrónicos que en el procedimiento basado en el papel, así como para asegurar, por ejemplo, que las licitaciones permanezcan confidenciales durante el procedimiento de licitación.

27. Entre otras cuestiones conexas que se deben examinar figura la utilización de medios y mecanismos de comunicación que aseguren que la integridad de los datos se preserve, posibiliten a las entidades establecer el plazo de recepción de los documentos, cuando el plazo de recepción es importante en la aplicación de las normas del proceso de contratación pública, y aseguren que la entidad adjudicadora u otras personas no accedan a las licitaciones y otros documentos importantes antes de los plazos pertinentes.

28. Actualmente la Ley Modelo de la CNUDMI no permite a las entidades adjudicadoras exigir que los proveedores empleen medios electrónicos (artículos 9 y 30). Una de las principales cuestiones que se debe examinar es si la utilización de medios de comunicación electrónicos debe tener un carácter obligatorio u opcional: es decir, si la entidad adjudicadora y/o los proveedores o posibles proveedores pueden insistir en medios de comunicación electrónicos o, de hecho, en papel. La Comisión deseará seguir el principio de que al examinar esta cuestión los medios de comunicación que se impongan no deben representar una barrera excesiva al acceso.

29. Es posible que resulte procedente examinar en este sentido otras cuestiones que se plantean en el párrafo 18 *supra* respecto de las ventajas y desventajas de un régimen electrónico de carácter obligatorio. Cabe destacar que las disposiciones relativas a la autenticidad, la seguridad y la confidencialidad (por ejemplo, si se precisan firmas digitales) pueden acarrear costos significativos a las partes. Además, el hecho de si el entorno jurídico general en un Estado brinda apoyo suficiente o no para utilizar medios electrónicos constituirá un aspecto importante que se debe tener en cuenta. Por ejemplo, las leyes sobre la admisibilidad de pruebas o aspectos formales (tales como las firmas) para determinados tipos de contratos pueden referirse únicamente a documentos no electrónicos; o la ley sobre cuestiones tales como el tiempo y la ubicación de la oferta y la aceptación en el contrato por medios electrónicos puede que no sea clara. En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas se tratan algunas de estas cuestiones.

F. Subasta electrónica de oferta progresiva

30. La denominada "*reverse electronic auction*" (es decir, subasta electrónica de oferta progresiva) es un procedimiento de licitación cada vez más popular. La subasta "progresiva" se utiliza para la adquisición de productos, de obras o de servicios en las que los proveedores obtienen información sobre las ofertas presentadas por los demás concursantes, y pueden progresivamente enmendar su propia oferta en competencia con las demás ofertas, normalmente sin tener conocimiento de quiénes son los demás ofertantes o licitadores. En una subasta electrónica progresiva, los proveedores presentan su oferta por vía electrónica, en alguna página o dirección electrónica dedicada a las subastas, normalmente a través de Internet (que ha desplazado en gran medida a las redes regentadas por empresas especializadas en subastas), valiéndose de la información facilitada, en dicha página, sobre la valoración del objeto subastado o sobre la suma requerida para

sobrepujar las ofertas de otros proveedores. Los proveedores van siguiendo por vía electrónica el progreso de la puja a medida que avanza la subasta y podrán mejorar su propia oferta, si lo estiman oportuno. La subasta tal vez tenga marcado un plazo para su desarrollo, o tal vez haya de mantenerse abierta hasta que transcurra cierto plazo desde la última oferta presentada.

31. La denominada subasta progresiva es una técnica frecuentemente utilizada para productos y servicios normalizados, cuyo precio sea el único, o al menos el principal, criterio de adjudicación utilizado, al ser el precio el único criterio de valoración que suele utilizarse en dicha "subasta". Ahora bien, dicha técnica permite utilizar otros criterios, tal vez incorporados a la fase de subasta o tal vez evaluados en una fase distinta del procedimiento global utilizado.

32. El reconocimiento del valor actual y potencial de la subasta, como técnica al servicio de la competitividad del mercado, ha dado lugar a que algunos Estados y organizaciones internacionales traten de reglamentar o marcar directrices para el empleo de este método de contratación (es decir, reglamentando explícitamente su empleo comercial). Ahora bien, en muchos lugares no existe reglamentación explícita alguna.

33. Se ha observado que se mejoraría la transparencia de esta técnica, facilitando información a los participantes tanto sobre las ofertas presentadas como sobre el resultado del procedimiento (véase, la sección titulada "publicación de la adjudicación de contratos", en el párrafo 23, *supra*).

34. La Ley Modelo de la CNUDMI no prevé expresamente esta modalidad de subasta electrónica, por lo que si bien es cierto que algunos de los aspectos de este procedimiento para la adjudicación de bienes o de servicios pueden haber sido previstos en algunas de sus disposiciones, es probable que otros no lo hayan sido. En todo supuesto en que se haya de valorar por separado algún criterio ajeno al precio, tal como la calidad, con anterioridad a la subasta, uno y otro criterio serán combinados, mediante ciertas técnicas de programación informática, con los datos que vayan entrando en el curso de la subasta a fin de que cada concursante conozca, en cada momento, su propia posición en dicho concurso. Por ello, se trata, a grandes rasgos de un procedimiento en "dos etapas", la primera consistente en la valoración, por el comprador, de todo criterio, ajeno al precio, que vaya a ser utilizado para dicho fin, mientras que la segunda sería la etapa de subasta propiamente dicha, en la que el precio será combinado con todo otro criterio utilizado, a fin de arrojar una sola valoración global definitiva.

35. Se ha observado que el procedimiento de licitación abierta o general de la Ley Modelo de la CNUDMI, la denominada "convocatoria de licitación" prevé un proceso de adjudicación en una sola etapa, por lo que no puede acomodar al procedimiento anteriormente esbozado. Además, la práctica que ha de seguirse en la licitación, de presentar la oferta por escrito en un sobre sellado, no sería compatible con el procedimiento seguido en una subasta. En lo relativo a la valoración y cotejo de las ofertas presentadas, el párrafo 1 a) del artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI prohíbe toda modificación del precio de una oferta ya presentada, lo que, junto con la prohibición, impuesta en el párrafo 8 de ese mismo artículo, de que se dé a conocer la información incorporada a la oferta, constituye un grave obstáculo para el empleo de este método en una subasta electrónica progresiva.

36. La Comisión tal vez desea examinar si existe o no la necesidad de que se reglamente el empleo de la subasta electrónica, ya sea como una nueva versión de algún método tradicional de contratación o como un método distinto de los demás. Se ha señalado que tratar dicha subasta como una nueva versión de la vía de licitación tradicional obligaría a introducir algunas reglas respecto de ciertos rasgos distintivos de la subasta en lo relativo a la confidencialidad de la oferta y a su evaluación en dos etapas, pero que dicha solución sea tal vez preferible a la de tener que regular la subasta electrónica como un método de licitación aparte que requiera un régimen novedoso y especial.

37. La Comisión tal vez desee también considerar si existe alguna necesidad de que dichas cuestiones estén reguladas en el marco de la Ley Modelo de la CNUDMI o en algún otro lugar. Por ejemplo, dado que la subasta electrónica es un método que tal vez no resulte adecuado, por razones técnicas o de alguna otra índole, para todos los Estados (como sucede con algunas otras disposiciones de la Ley Modelo, en particular con algunos de los métodos de valoración previstos para la contratación de servicios), tal vez convenga presentar esta nueva vía de adjudicación a título de método optativo.

38. La Ley Modelo de la CNUDMI está basada en un reconocimiento general de que la convocatoria a licitación, ya sea general o restringida, y la solicitud de cotizaciones constituyen un buen reflejo de las mejores prácticas internas en materia de contratación pública. La Comisión tal vez desee examinar si existe alguna necesidad de que se imparta orientación en la Ley Modelo de la CNUDMI respecto de algún procedimiento de subasta que, sin dejar de ser fiel a lo esencial de estos métodos, lo adapte con miras a acomodar la etapa de subasta, pero respetando, por lo demás, los principios y objetivos de la Ley Modelo de la CNUDMI.

G. Catálogos electrónicos

39. Por catálogo electrónico cabe entender tanto una versión electrónica del catálogo impreso tradicional como una versión electrónica de un catálogo que incorpore además servicios adicionales, por ejemplo, para hacer pedidos. Su empleo es cada vez más frecuente. En la práctica, la entidad adjudicadora puede utilizar un catálogo electrónico como medio para identificar a los proveedores a los que desee hacer llegar una solicitud de cotizaciones (o el anuncio de un pedido permanente) y funcionan, de hecho como una lista, de inscripción obligatoria, de idoneidad o aptitud profesional de los proveedores u ofertantes o como un acuerdo marco general de proveedores. Se explicará, más en detalle, la cuestión de los catálogos electrónicos en las secciones dedicadas a su examen (véanse, más adelante, párrs. 48 a 56 y 73 a 75 del presente documento).

H. Conclusiones y recomendaciones respecto del empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública

40. La Comisión habrá observado que las dos aplicaciones principales de las comunicaciones electrónicas en la esfera de la contratación son: el empleo de la vía electrónica para las comunicaciones, y el recurso a la Internet para el proceso de contratación en sí. La Comisión tal vez desee considerar si, a la luz del rápido

desarrollo actual de la tecnología aplicable, sería conveniente insertar, en el marco de la Ley Modelo de la CNUDMI, ciertas pautas legislativas para la incorporación de los principios que deban regir la contratación por vía electrónica, y el intercambio electrónico de comunicaciones en dicha esfera, pero sin tratar de regular en dicho documento la propia tecnología utilizada. La Comisión tal vez desee examinar, además, si cabría impartir, a los Estados que no dispongan de esta tecnología o que tengan mayores dificultades de acceso a la misma, cierta orientación acerca de la introducción y empleo de estos métodos de contratación o de comunicación.

IV. Cuestiones adicionales que tal vez proceda examinar en la Ley Modelo de la CNUDMI

41. Las actividades y la experiencia de las organizaciones internacionales y de las instituciones de crédito en la esfera de la contratación pública pueden verse descritas en las notas A/CN.9/539 y A/CN.9/539/Add.1 de la Secretaría, en donde se señala que algunas instituciones están actualmente revisando sus propios reglamentos y sus prácticas de crédito en la esfera de la contratación pública.

42. Dicha labor de examen y revisión constituye un reflejo de la creciente importancia del régimen de la contratación pública como instrumento al servicio del desarrollo económico interno y de la cooperación e integración en el ámbito tanto regional como interregional. Entre las cuestiones examinadas cabe citar las diversas etapas de desarrollo económico y tecnológico de las economías objeto de examen y cómo mejor alcanzar las metas de eficiencia, eficacia y transparencia.

43. Al señalar la armonización como meta a la que se ha de aspirar, la Comisión está insistiendo en la conveniencia de que, en la medida de lo posible y sin menoscabo alguno de sus principios, el régimen preconizado por la Ley Modelo de la CNUDMI sea compatible con los demás regímenes de la contratación pública, tanto regionales como internacionales, actualmente en vigor, al calcularse que esa armonización facilitará la difusión de su empleo.

44. La secretaría desea señalar, en las siguientes secciones, algunos puntos adicionales que tal vez proceda examinar a dicho respecto.

A. La utilización de listas de proveedores

45. Las listas de proveedores (denominadas asimismo listas de aptitud, listas aprobadas o sistemas de catalogación profesional) sirven para identificar a los proveedores aptos para la adjudicación de futuras contratas y funcionan, según sea el caso, como listas de aplicación, o inscripción en lista, obligatoria u optativa. Las listas de aplicación obligatoria suponen para los proveedores la obligación de estar inscritos en dicha lista a fin de poder participar en la convocatoria a licitación mientras que en el caso de las listas optativas, el proveedor tal vez desee hacerse inscribir en dicha lista sin que ello sea una condición necesaria para la admisibilidad de su eventual oferta. La admisión de un proveedor en una lista puede conllevar una evaluación completa de su aptitud profesional para llevar a cabo ciertos contratos, pero tal vez no conlleve evaluación inicial alguna o una evaluación tan sólo parcial.

Ahora bien, lo habitual suele ser que se haga cierta evaluación inicial de las aptitudes de todo proveedor inscrito, dejando la evaluación plena de sus aptitudes para el momento en que se haya de examinar alguna oferta contractual de dicho proveedor.

46. La principal finalidad de dichas listas es la de simplificar el proceso de adjudicación de un contrato, lo que supondrá un ahorro de tiempo y dinero, facilitándose la competencia entre entidades aptas y una evaluación más eficiente de la información presentada al concurso, en provecho tanto de la entidad adjudicadora como de los propios proveedores.

47. Cabe citar entre las ventajas de una lista optativa la reducción de gastos que supone al eliminar la necesidad de tener que facilitar y evaluar, para cada contrato, ciertos datos de aptitud profesional, ofreciendo al adjudicador una fuente de consulta accesible para todo contrato urgente, reduciendo además el costo, para el proveedor, de tener que informarse del contrato ofrecido (que se notifica automáticamente a todo proveedor inscrito) y haciendo la adjudicación más competitiva, al reportar dicha reducción de gastos, un aumento del número de proveedores interesados. Dichas listas suponen además un ahorro de tiempo, al eliminar o reducir el plazo requerido para anunciar nuevos contratos, esperar respuestas, y evaluar la aptitud de los ofertantes (de particular interés para contratos que se hayan de adjudicar sin previo anuncio, como sucede en toda adjudicación urgente, normalmente efectuada por alguna vía poco competitiva que favorecerá a los proveedores que ya conozca la entidad adjudicadora).

48. En algunos países, dichas listas han servido para dar mayor coherencia y eficiencia a la contratación pública al alentar la adopción de formularios y otras prácticas normalizadas para la evaluación de la aptitud profesional de los proveedores. Dichas ventajas se ven amplificadas por la utilización de una lista común, ya que dichas listas permiten que los adjudicadores aprovechen en común la información adquirida respecto de los proveedores, por ejemplo, en lo relativo a su fiabilidad o a eventuales prácticas incorrectas.

49. Las listas de proveedores, de inscripción obligatoria, pueden hacer que dichas ventajas resulten incluso mayores (principalmente en provecho de la entidad adjudicadora), pero entrañan algunos riesgos importantes, al restringir eventualmente la competitividad del proceso adjudicador, excluyendo de dicho proceso a todo proveedor no inscrito (particularmente respecto de todo contrato que normalmente haya de ser objeto de una convocatoria a licitación previamente anunciada), así como si debilita la fiabilidad pública de la contratación, al reducir la transparencia de dicho proceso y al fomentar el establecimiento de vínculos estrechos entre ciertos proveedores y las entidades adjudicadoras. El funcionamiento de dichas listas puede suponer además un notable gasto administrativo.

50. Por consiguiente, las desventajas de una lista de inscripción obligatoria pueden ser superiores a las ventajas reportadas por dicho sistema. No obstante, dichas listas son utilizadas por numerosos países y están además previstas en ciertos regímenes de contratación internacional para la adjudicación de contratas de gran importancia. Ahora bien, su empleo en el marco de dichos regímenes está reglamentado: en primer lugar, restringiéndolo a entidades de cierta categoría y, en segundo lugar, controlando su utilización a fin de que funcionen con la debida transparencia y fiabilidad.

51. Se ha observado que la Ley Modelo de la CNUDMI no aborda el tema de las listas de proveedores, aun cuando no excluye que la entidad adjudicadora se valga de una lista optativa para seleccionar a sus proveedores en el marco de procesos de adjudicación para los que no sea obligatorio anunciar el contrato ofrecido, como sucedería en el marco de una adjudicación tramitada por medio de una licitación restringida, de una negociación competitiva, de una solicitud de propuestas o de cotizaciones, o de una contratación con un único proveedor o contratista. Dicha práctica puede dar lugar a la exclusión de todo proveedor no inscrito en lista, como sucedería caso de utilizarse alguna vía relativamente informal para solicitar cotizaciones, lo que supondría que dicha lista opcional funcionaría en la práctica al igual que una lista de inscripción obligatoria.

52. Al aprobarse la Ley Modelo de la CNUDMI, el recurso a una lista de proveedores era considerado como una práctica poco deseable, que podía ser restrictiva de la libre competencia. Ahora bien, con la difusión de las comunicaciones electrónicas, el empleo (y la utilidad) de dichas listas ha aumentado al tiempo que disminuían los gastos administrativos inherentes a su funcionamiento. Se ha observado, además, que la creciente utilización de catálogos electrónicos puede dar lugar a prácticas de adjudicación de contratos cada vez más dependientes del empleo de listas de proveedores.

53. El recurso a una lista de proveedores tal vez ofrezca una vía más transparente y no discriminatoria de seleccionar al proveedor en todo método de contratación de índole restrictiva para el que no se haya previsto, en la Ley Modelo de la CNUDMI, ningún control efectivo de la selección del proveedor. Dicho objetivo se conseguiría previendo modalidades de acceso a dicha lista más transparentes y equitativas, e imponiendo, por ejemplo, la obligación de dar a conocer su existencia conforme a todo requisito de publicidad que sea aplicable a las futuras oportunidades que se ofrezcan.

54. Se ha observado asimismo que la Ley Modelo de la CNUDMI no permite que la entidad adjudicadora limite el acceso al proceso de licitación a los proveedores inscritos en una lista (es decir no permite el empleo de listas de inscripción obligatoria) al prohibir el artículo 6 3) que dicha entidad imponga "criterio, requisito o procedimiento alguno" que no esté previsto en el artículo 6, en donde no se hace mención alguna de una lista de inscripción obligatoria.

55. Muchas entidades crediticias internacionales no consideran que la lista de inscripción obligatoria sea una práctica recomendable, al menos en el marco de un concurso abierto de licitación. Ahora bien, algunos Estados siguen recurriendo a la práctica de la lista de inscripción obligatoria por lo que tal vez la Comisión desee considerar si procedería impartir cierta orientación legislativa respecto de su empleo, en la Ley Modelo de la CNUDMI o en la Guía para su incorporación al derecho interno.

56. Cabría asimismo argumentar que una lista de inscripción obligatoria, que haya de ser dada a conocer y que esté debidamente reglamentada, puede facilitar al proveedor una vía de acceso que resulte más equitativa y transparente en ciertos tipos de contratación, como los mencionados anteriormente respecto de las listas de inscripción optativa. En dichos supuestos, el permitir que un Estado establezca una lista de inscripción obligatoria debidamente reglamentada sería conducente a la competitividad y transparencia del proceso de adjudicación.

B. Contratación de servicios

57. El "principal método para la contratación pública de servicios", actualmente previsto en el capítulo IV de la Ley Modelo de la CNUDMI, ofrece cierta flexibilidad al incorporar métodos flexibles de contratación, que permiten recurrir a la negociación para seleccionar la oferta ganadora de entre las presentadas por los licitantes o proveedores.

58. La Ley Modelo de la CNUDMI dispone asimismo que debe recurrirse a la convocatoria a licitación para la adjudicación de servicios siempre que se puedan formular especificaciones lo bastante detalladas para que resulte "apropiado" recurrir a dicho método. De no ser así, cabrá recurrir a algún otro de los métodos previstos para la contratación de bienes o de obras, si se estima que alguno de dichos métodos resultaría apropiado y que se reúnen las condiciones requeridas para su empleo (artículo 18 3)).

59. La Ley Modelo de la CNUDMI parte de la premisa de que la contratación de servicios se efectuará siguiendo alguno de los diversos métodos ofrecidos para la contratación de bienes y de obras. Se ha observado, no obstante, que, en la práctica, únicamente se recurre a vías de valoración flexibles (mediante el empleo de la negociación y de técnicas de valoración cualitativa) en la contratación de ciertos tipos de servicios. Un ejemplo evidente de esta peculiaridad sería el de la contratación de servicios intelectuales (es decir, de servicios que no reportan un producto que sea físicamente mensurable, tales como los servicios de consultoría y otros servicios profesionales). Se ha sugerido también que de ser mensurables los servicios prestados en función del producto material por ellos reportado, cabría recurrir para su contratación a alguno de los métodos más rigurosos de selección objetiva de la oferta presentada, habitualmente empleados para la contratación de bienes o de obras. En el párrafo 9 de la nota A/CN.9/539/Add.1 de la Secretaría se enuncian algunas sugerencias más detalladas al respecto.

60. La Comisión tal vez desee, por ello, considerar si procedería enmendar alguna de las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI a fin de prever el recurso a algún régimen más riguroso para la contratación de una gama importante de servicios, al tiempo que se da mayor flexibilidad para la contratación de servicios propiamente intelectuales.

C. Otros métodos posibles de contratación

61. Al menos una de las instituciones crediticias multilaterales ha sugerido la conveniencia de volver a examinar la necesidad y las condiciones que deben darse para que sea procedente recurrir a algunos de los "otros métodos de contratación", enunciados en el capítulo V de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. En el párrafo 11 de la nota de la Secretaría A/CN.9/539/Add.1 se detallan algunas de las sugerencias presentadas, a dicho respecto, a la Secretaría.

62. La Comisión tal vez desee, no obstante, tomar nota de que dichas cuestiones se examinaron largamente durante la preparación de la Ley Modelo de la CNUDMI, por lo que tal vez no sea procedente volverlas a examinar.

D. Participación comunitaria en la contratación

63. La Ley Modelo de la CNUDMI no se ocupa de la etapa de ejecución del proyecto adjudicado. Se ha señalado a la atención de la Secretaría una modalidad de ejecución, consistente en la denominada participación comunitaria (es decir, de los destinatarios o usuarios) en la ejecución del proyecto. Una de las instituciones crediticias internacionales ha descrito dicha participación comunitaria en el proyecto como la modalidad más eficiente de ponerlo en práctica, dado que los usuarios o destinatarios del proyecto tienen un incentivo inmediato en asegurar la buena ejecución de un proyecto que los afectará directamente.

64. Diversos regímenes modernos de la contratación pública han previsto alguna forma de participación comunitaria mediante el recurso a un método de selección que permita dar prioridad al logro de determinadas metas sociales y a la contratación de servicios sostenibles en sectores poco atractivos para las grandes empresas, como pudieran ser los servicios de salud, de extensión agraria y de educación no estrictamente académica.

65. Los regímenes nacionales de la contratación pública han previsto, en ocasiones, dicha participación al permitir una participación comunitaria en la selección del método de contratación o de los criterios de adjudicación del proyecto, así como, en otros casos, a título de condición estipulada en el contrato o contratos eventualmente adjudicados. La Secretaría entiende que existe cierto número de variantes sobre la manera de instrumentar la participación comunitaria en el proceso de adjudicación del proyecto, entre los que cabe citar la de recurrir a la pericia técnica o a los materiales localmente disponibles, y la del empleo de tecnologías que requieran un empleo más intensivo de la mano de obra local.

66. La Ley Modelo de la CNUDMI no se ocupa directamente de la cuestión de la participación comunitaria en la ejecución del proyecto adjudicado, pero su régimen es lo bastante flexible para poder introducir la mayoría de los arreglos citados en párrafos anteriores. Ahora bien, la Comisión tal vez desee considerar si convendría prever expresamente una participación comunitaria en la selección del método de contratación o de los criterios para la adjudicación del proyecto.

67. La Secretaría entiende asimismo que algunos de los métodos previstos para dar entrada a la participación comunitaria en la adjudicación de un contrato presuponen la subdivisión del contrato adjudicado o la adjudicación del proyecto en contratos más pequeños, para los que se recurre a menudo al método de la contratación con un solo contratista. El recurso a dichos métodos no sería, en general, permisible en el marco actual del régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI, por lo que la Comisión tal vez desee examinar si debe preverse en el régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI la adopción de dichos métodos, y si será preciso formular alguna observación al respecto en la Guía para su incorporación al derecho interno, facultando además al Estado promulgador para prever toda excepción que proceda en su régimen legal interno.

E. Acuerdos marco

68. Por "acuerdo marco" cabe entender todo acuerdo, por el que se prevea el suministro regular o repetitivo de un producto o servicio a lo largo de cierto período de tiempo, que se negocie a través de una convocatoria inicial a licitación conforme a un pliego de condiciones, y que permita seleccionar, de entre las ofertas presentadas, a uno o más proveedores a los que se cursarán pedidos con la periodicidad que reclame la demanda existente del producto o servicio contratado. Dichos acuerdos suelen utilizarse en supuestos en los que la entidad adjudicadora requiera determinado producto o servicio a lo largo de un cierto período de tiempo, sin poder determinar con exactitud la cuantía requerida.

69. Se ha señalado que el régimen de la contratación pública de muchos países ya ha previsto la técnica del acuerdo marco o algún procedimiento equivalente de distinto nombre. La principal razón para recurrir a este tipo de acuerdo suele ser la de evitar el gasto de tener que iniciar un nuevo proceso de adjudicación cada vez que surja una necesidad. Dicho acuerdo evita, en particular, el tener que anunciar un nuevo el contrato y evaluar a los proveedores cada vez que haya de presentarse un pedido, ya que dichos trámites se efectuaran una sola vez, en la etapa inicial anteriormente descrita.

70. La Ley Modelo de la CNUDMI no regula en modo alguno el acuerdo marco.

71. En muchos Estados existe ya la práctica del acuerdo marco que, en algunos de ellos, está expresamente regulado en su derecho interno (así como en los reglamentos de algunas instituciones crediticias internacionales y de algunas entidades regionales). Los métodos de contratación disponibles para la concertación actual de acuerdos marco suelen depender del umbral general financiero aplicable (es decir, de un umbral por debajo del cual esté permitido recurrir a procedimientos de contratación restringida o no abiertos a la participación general) o de la adaptación, de haber alguna, de dicho umbral al supuesto especial de los acuerdos marco. Dicho umbral tal vez se haya fijado en función del valor de cada contrato individual o conforme a alguna regla de agregación acumulativa.

72. Cabe concertar un acuerdo marco con un único proveedor o con más de uno a la vez. Un acuerdo concertado con un único proveedor tal vez obligue a la entidad adjudicadora a encargar cierta cantidad de productos o servicios, o al proveedor a suministrar dicha cantidad, o pudiera obligar a ambas partes, a la vez, o a ninguna de ellas, limitándose en dicho caso a estipular las condiciones de todo contrato que pueda ser adjudicado en el futuro, siendo únicamente vinculante para las partes al ser concertado cada nuevo pedido.

73. Los acuerdos concertados con diversos proveedores a la vez entrañan una fase competitiva inicial en la que se habrán de seleccionar los diversos proveedores eventuales que sean capaces de suministrar los productos o servicios requeridos en las condiciones enunciadas por la entidad adjudicadora (primera etapa del proceso de adjudicación). Al surgir subsiguientemente la demanda del producto del servicio contratado, la entidad adjudicadora seleccionará al proveedor que deba satisfacer dicho pedido (segunda etapa del proceso de adjudicación)[7]. Los métodos utilizados

[7] La distinción entre un acuerdo marco con diversos proveedores y una lista o catálogo electrónico de proveedores consiste en que, conforme a la técnica del acuerdo marco, la primera

para seleccionar al proveedor o los proveedores en la segunda etapa del proceso de adjudicación varían mucho de un Estado a otro, al observarse una notable disparidad en lo relativo al grado de competencia permitido entre los proveedores previamente seleccionados. Dichas variantes son reflejo de la importancia asignada por cada país a la competencia, como medio de obtener mayor valor por el dinero ofrecido, así como de la apertura y transparencia del proceso en general, frente al costo administrativo que suponga, para la entidad adjudicadora, el tener que seguir un procedimiento de contratación más competitivo.

74. Entre las ventajas de concertar un acuerdo con diversos proveedores, en vez de con un único proveedor, cabe citar la de la mayor flexibilidad que ofrece para la selección ulterior del proveedor de cada pedido en particular, evitando a la vez los gastos de tener que abrir un nuevo proceso de contratación, garantizando el suministro, centralizando la contratación pública y ofreciendo a los pequeños proveedores mayores oportunidades de acceso al mercado de la contratación pública. Dicha técnica puede además reportar mayor valor por el dinero gastado y otros objetivos generales de la contratación pública, al facilitar el empleo de un procedimiento más transparente del que sería habitualmente utilizado para pedidos de escasa cuantía. En particular, la agregación acumulativa del valor de los diversos contratos en un único acuerdo marco justificará los gastos de anunciarlo, y los proveedores seleccionados en dicho acuerdo marco estarán interesados en supervisar el curso normal de los pedidos concertados a raíz del mismo (a diferencia de lo que sucedería en el marco de un acuerdo concertado con un único proveedor).

75. Si bien la Ley Modelo de la CNUDMI no regula expresamente la figura del acuerdo marco, ciertas modalidades del acuerdo marco con un único proveedor y tal vez algunas de las modalidades del acuerdo marco con diversos proveedores serían acomodables en algunas de las técnicas contractuales actualmente previstas. Dada la creciente utilización de la técnica del acuerdo marco, y habida cuenta de que algunas de las entidades regionales (entre ellas, la Unión Europea) han regulado dicho acuerdo, la Comisión tal vez desee examinar si sería conveniente regularlo también en la Ley Modelo.

F. Evaluación y comparación de las ofertas

76. En el párrafo 4 del artículo 34, de la Ley Modelo de la CNUDMI se regula lo relativo a los criterios aplicables para la evaluación de las ofertas presentadas, y se dispone que los criterios para la determinación de la oferta más económica podrán dejar cierto margen para la utilización de la contratación pública como instrumento al servicio de objetivos industriales, sociales o medioambientales. Uno de dichos objetivos podría ser el de fomentar el desarrollo industrial del propio país (mediante medidas como la exclusión de algún proveedor, la concesión de ciertas preferencias o el recurso a la contratación con un único contratista, aplicables en determinados

---

etapa del proceso de negociación determinará, en mayor medida, el curso de la etapa subsiguiente o definitiva de la contratación. En dicha primera etapa se habrán concertado la mayor parte de las condiciones contractuales, se habrá evaluado plenamente la idoneidad o aptitud de los proveedores, y se habrá efectuado cierta medida de selección inicial entre los proveedores interesados en función de sus ofertas.

supuestos). Los criterios de adjudicación pueden dejar margen, asimismo, para tener en cuenta el efecto del proyecto sobre la disponibilidad interna de divisas. Se mencionan ciertos mecanismos de control destinados a velar por que, además de ser objetivos y cuantificables, los criterios de adjudicación sean dados a conocer por adelantado los proveedores.

77. Una sugerencia usual es la de que se reconozca explícitamente, en la Ley Modelo de la CNUDMI, la utilización de la contratación como instrumento para el fomento de ciertos objetivos industriales, sociales o medioambientales del país, a fin de que dichos objetivos sean perseguidos con mayor transparencia, lo que permitirá controlar mejor el empleo que se hace de ellos. Debería considerarse, además, el empleo legítimo que cabe hacer de dichos objetivos, en el ámbito no sólo nacional sino también regional.

78. En concreto, se ha sugerido a la Secretaría la posible revisión de algunas de las disposiciones del párrafo 4 del artículo 34, a fin de que se tengan en cuenta dichos objetivos, y que cabría reforzar también la transparencia de la contratación, en general, si en el apartado b) de dicho párrafo se dispone que criterios para la evaluación de las ofertas deberán estar expresados en términos monetarios o en forma de requisitos que toda oferta ha de cumplir para que ser tenida por aceptable a efectos de su evaluación. Dichas sugerencias pueden verse, presentadas con más detalle en los párrafos 25 a 30 de la nota de la Secretaría A/CN.9/539/Add.1.

79. La Comisión tal vez desee considerar la conveniencia de revisar alguna de esas disposiciones, tal vez en el propio texto de la Ley Modelo de la CNUDMI o impartiendo la orientación que proceda en algún otro texto, como pudiera ser el de la Guía para su incorporación al derecho interno.

G. Vías de recurso y su ejecutoriedad

80. Se reconoce en general que la disponibilidad de una vía eficaz para reconsiderar y rectificar ejecutoriamente la actuación de la entidad adjudicadora a la luz del régimen legal que le sea aplicable, es un factor importante para la transparencia de la contratación pública. El consenso no es, sin embargo, tan general respecto del alcance de la vía de reclamación disponible, ni sobre la norma aplicable al recurso interpuesto, o sobre si el recurso debe ser resuelto por la vía administrativa o judicial.

81. El régimen enunciado a dicho respecto en la Ley Modelo de la CNUDMI figura en sus artículos 52 a 57, pero debe señalarse que en la Guía se reconoce al Estado promulgante la facultad de no promulgar ninguna, o tan sólo algunas, de sus disposiciones. Además, se han previsto normas de alcance relativamente limitado para el recurso por la vía administrativa, incluso en supuestos en los que no se haya previsto el recurso por la vía judicial. Todo ello es reflejo de la índole particularmente controvertida de dicho régimen, al ser aprobada la Ley Modelo. Ahora bien, se ha señalado a la atención de la Secretaría que resulta ahora más aceptable y está más difundida la práctica de poder recurrir, por vía contenciosa, contra la decisión de una entidad adjudicadora, a resultas, en parte, de la adopción de regímenes comerciales internacionales (que han impuesto la introducción de una vía de recurso en muchos más países de lo que era habitual anteriormente), así como de la política seguida por diversas instituciones crediticias internacionales.

82. La Comisión tal vez desee, por ello, examinar si procede que la Ley Modelo de la CNUDMI exprese, en términos más claros, la conveniencia de que se disponga de una vía de recurso adecuada y de impartir una orientación más detallada al respecto. En los párrafos 33 a 37 de la nota A/CN.9/539/Add.1 de la Secretaría se presentan sugerencias más detalladas al respecto.

V. Otros puntos que cabría examinar

83. En los párrafos 38 a 42 de la nota A/CN.9/539/Add.1 de la Secretaría se sugieren más en detalle ciertas cuestiones que la Comisión estime oportuno reexaminar. Cabe citar, entre otras, la idoneidad de los proveedores, las reglas relativas a las pruebas documentales por ellos presentadas, los incentivos ofrecidos por los proveedores y contratistas, el contenido del pliego de condiciones y la conveniencia de dar cierta orientación respecto de la medida en que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública satisface los requisitos del Acuerdo de la OMC sobre la contratación pública, con miras a facilitar y promover las adhesiones a dicho Acuerdo.

84. Al examinar las cuestiones enunciadas en la presente nota, la Comisión tal vez desee considerar la oportunidad de efectuar algunas revisiones al respecto en el texto de la Ley Modelo de la CNUDMI. Dada las diversas fases de desarrollo en que se encuentran los distintos Estados que utilizarán el régimen de la Ley Modelo, y la posibilidad de incluir disposiciones alternativas u optativas, tal vez proceda también simplificar el texto de algunas de sus disposiciones.

VI. Conclusiones y recomendaciones

85. En el cuerpo de la presente nota se enuncian los aspectos de la contratación pública que, según lo estime oportuno la Comisión, pudieran ser objeto de examen en la coyuntura actual. Algunos de dichos aspectos tal vez se presten a la formulación de prácticas recomendadas o de cláusulas contractuales modelo al respecto, o a alguna otra forma de asesoramiento práctico, que serviría como alternativa o de complemento, según fuera el caso, de la orientación legislativa ya impartida. Dicho examen no deberá dar lugar a una reapertura de cuestiones que hayan sido plenamente resueltas en las deliberaciones previas a la aprobación del régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI, sino que deberá limitarse a examinar la procedencia de reajustar dicho régimen a la luz de los avances efectuados o de las nuevas prácticas introducidas desde entonces (particularmente en lo relativo a la contratación por vía electrónica), o deberá buscar una solución para cuestiones que no fueron examinadas anteriormente.

86. Respecto de los recursos requeridos para toda labor futura que la Comisión estime oportuno emprender, debe recordarse que el Grupo de Trabajo I ha completado su labor en la esfera de los proyectos de infraestructura con financiación privada, por lo que cabría convocar una reunión de dicho Grupo durante el tercer trimestre de 2004, si la Comisión lo decide en su 37º período de sesiones. En la sección 17 del programa provisional (A/CN.9/541) pueden verse indicadas las posibles fechas para una próxima reunión del Grupo de Trabajo. La Comisión tal vez desee decidir asimismo que el Grupo de Trabajo I colabore estrechamente, en la labor que emprenda, con el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) en todo lo relativo al desarrollo del comercio electrónico en esferas que sean objeto del régimen legal de la contratación pública.

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

La Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sigue publicando las decisiones judiciales y los laudos arbitrales que guardan relación con la interpretación o aplicación de textos emanados de la labor de la CNUDMI. Véase una descripción del sistema CLOUT (Case Law on UNCITRAL Texts - Jurisprudencia de los tribunales sobre los textos de la CNUDMI) en la Guía del Usuario (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1), publicada en 1993.

Los documentos A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS pueden obtenerse de la Secretaría de la CNUDMI:

Secretaría de la CNUDMI
Apartado postal 500
Centro Internacional de Viena
A-1400 Viena
Austria

Teléfono (43-1) 26060-4060 ó 4061
Télex: 135612 uno a
Telefax: (43-1) 26060-5813
Correo-e: uncitral@uncitral.org

También pueden consultarse en la página de la CNUDMI en Internet (http://www.uncitral.org).

La Secretaría envía a quienes lo soliciten copia del texto completo, en el idioma original, de las decisiones judiciales y laudos arbitrales de los que se haya informado en el marco del sistema CLOUT.

VIII. FORMACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA

Formación y asistencia técnica
Nota de la Secretaría

(A/CN.9/560) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Nuevos recursos para la secretaría de la CNUDMI	3-5
III.	Financiación extrapresupuestaria	6-11
IV.	Importancia de los textos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	12
V.	Asistencia técnica para la preparación y aplicación de normas legales	13-16
VI.	Seminarios y misiones de información	17-19
VII.	Participación en otras actividades	20-23
VIII.	Programa de pasantías	24-25

I. Introducción

1. De conformidad con una decisión adoptada en el 20º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)[1], celebrado en 1987, las actividades de formación y asistencia técnica figuran entre las principales prioridades de la Comisión. El programa de formación y asistencia técnica ejecutado por la Secretaría en virtud del mandato otorgado por la Comisión, especialmente en los países en desarrollo y los países con economía en transición, abarcan dos campos principales de actividad: a) seminarios y misiones de información encaminados a promover el conocimiento y la comprensión de los convenios y convenciones, las leyes modelo y otros textos jurídicos de derecho mercantil internacional, y b) prestación de asistencia a los Estados Miembros en la reforma de su derecho mercantil y en la adopción de textos de la CNUDMI. Como su objetivo último es la adopción de textos de la Comisión, esas actividades constituyen parte integrante de su labor legislativa.

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/42/17), párr. 335.

2. En la presente nota se reseñan las actividades realizadas por la Secretaría desde la publicación de la nota anterior, presentada a la Comisión en su 36º período de sesiones, celebrado en 2003 (A/CN.9/536, de 14 de mayo de 2003), y se indican posibles actividades futuras de formación y asistencia técnica, habida cuenta de las solicitudes de tales servicios de la Secretaría. En la Nota también se recogen propuestas sobre la prestación de asistencia técnica en materia de legislación en atención a la decisión de ampliar la secretaría que se analiza *infra* (véanse los párrafos 3 a 5).

II. Nuevos recursos para la secretaría de la CNUDMI

3. La Comisión tal vez desee recordar que en su 36º período de sesiones tomó nota de las observaciones formuladas por la Oficina de Servicios de Supervisión Interna, en su informe sobre la evaluación a fondo de los asuntos jurídicos (E/AC.51/2002/5, párr. 64), respecto de la eficacia de la capacitación y la asistencia proporcionadas por la Secretaría y la preocupación de que, si no se cuenta con medidas de seguimiento y cooperación y una coordinación eficaces entre la Secretaría y los organismos de asistencia para el desarrollo que prestan o financian ayuda técnica, la asistencia internacional podría conducir a la promulgación de leyes nacionales que no representan normas convenidas internacionalmente. En ese sentido, la Comisión tomó nota con reconocimiento de las medidas iniciales adoptadas para aplicar la petición formulada por la Asamblea General respecto de que el Secretario General aumentase sustancialmente los recursos tanto humanos como financieros de que dispone la Secretaría, de los que una parte se emplearía para lograr aplicar con eficacia el programa de asistencia técnica en materia legislativa de la Comisión así como publicar y divulgar oportunamente su labor[2].

4. La Comisión tal vez desee tomar nota de que en diciembre de 2003, la Asamblea General aprobó recursos humanos complementarios para la Secretaría de la CNUDMI (tres oficiales del cuadro orgánico) para posibilitar a la Secretaría desempeñar funciones relativas a la prestación de asistencia técnica en materia legislativa, y la divulgación de información sobre acontecimientos jurídicos en la esfera del derecho mercantil internacional, así como para coordinar con eficacia y oportunamente la labor de las organizaciones internacionales que obran en la esfera del comercio internacional. Uno de esos puestos adicionales ya ha sido ocupado mediante un traslado lateral desde Nueva York y los otros dos puestos se están anunciando con miras a concluir cuanto antes el proceso de contratación.

5. Cuando se concluya la actuación en materia de contratación, la Secretaría propone que se elabore un plan que aborde las formas en que se pudiesen elaborar las funciones que se esbozan *supra*, así como un calendario para su aplicación. Por ejemplo, en consulta con las misiones permanentes en Viena y Nueva York, la Secretaría pudiese trabajar con el fin de determinar necesidades en materia de reforma legislativa y los requisitos conexos en materia de prestación de asistencia en la esfera del derecho mercantil internacional, y, en consulta con organizaciones internacionales, regionales y nacionales pertinentes, determinar oportunidades para elaborar programas conjuntos, o para procurar la participación de la CNUDMI en

[2] Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/58/17) párrafo 251, y también véanse los párrafos 256 a 261.

programas existentes relativos a la prestación de asistencia técnica acompañada de reforma legislativa en la esfera del derecho mercantil internacional. Se prevé que en otras iniciativas figurará la elaboración de materiales sobre la CNUDMI para facilitar la prestación de asistencia técnica en materia de legislación, así como estrategias para mejorar la coordinación de otras organizaciones que obran en la esfera del derecho mercantil internacional, y la cooperación entre éstas. La Comisión tal vez desee examinar el desarrollo de esta labor a fin de brindar orientación a la Secretaría sobre cuestiones y prioridades en materia de políticas.

III. Financiación extrapresupuestaria

6. Habida cuenta de la importancia que la financiación extrapresupuestaria tiene para aplicar el componente de capacitación y prestación de asistencia técnica del programa de trabajo de la CNUDMI, la Comisión tal vez desee hacer un nuevo llamamiento a todos los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades interesadas para que estudien la posibilidad de hacer contribuciones al Fondo Fiduciario para los simposios de la CNUDMI, de ser posible en forma de contribuciones multianuales, a fin de facilitar la planificación y posibilitar a la Secretaría satisfacer la demanda cada vez mayor que plantean los países en desarrollo y los Estados con economías en transición respecto de la capacitación y prestación de asistencia legislativa. La información sobre la manera de hacer las contribuciones se puede solicitar a la Secretaría.

7. En el período objeto de examen, se recibieron contribuciones de Francia, Grecia, México y Suiza. La Comisión tal vez desee expresar su agradecimiento a los Estados y las organizaciones que han contribuido al programa de la Comisión en materia de capacitación y prestación de asistencia aportando fondos o personal, o acogiendo seminarios.

8. En ese sentido, la Comisión tal vez desee recordar que, de conformidad con la resolución 48/32 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1993, se pidió al Secretario General que estableciera un Fondo Fiduciario destinado a conceder asistencia para gastos de viaje a países en desarrollo que son miembros de la CNUDMI. El Fondo Fiduciario que se estableció de esa manera puede recibir contribuciones financieras voluntarias de los Estados, organizaciones intergubernamentales, organizaciones de integración económica regional, instituciones nacionales y organizaciones no gubernamentales, así como de personas naturales y jurídicas.

9. A partir del establecimiento del Fondo Fiduciario, se han recibido contribuciones de Austria, Camboya, Chipre, Kenya y México.

10. Se recuerda que en su resolución 51/161, de 16 de diciembre de 1996, la Asamblea General decidió incluir los fondos fiduciarios para los simposios y la asistencia para gastos de viajes de la CNUDMI en la lista de fondos y programas que se examinan en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Promesas de Contribuciones para las Actividades de Desarrollo.

11. Con el fin de asegurar la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la CNUDMI y sus Grupos de Trabajo, la Comisión tal vez desee reiterar su llamamiento a los órganos pertinentes del sistema, las organizaciones, las instituciones y las personas de las Naciones Unidas para que

hagan contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario destinado a prestar asistencia a los países en desarrollo que son miembros de la Comisión en relación con los gastos de viaje.

IV. Importancia de los textos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

12. Los gobiernos, las organizaciones internacionales, incluidos los organismos de ayuda multilateral y bilateral, y el sector privado otorgan cada vez más importancia al perfeccionamiento del marco jurídico del comercio y las inversiones internacionales. La CNUDMI desempeña una importante función en este proceso, porque ha producido instrumentos jurídicos, cuya utilización fomenta, en muchos ámbitos fundamentales del derecho mercantil, los cuales representan normas y soluciones convenidas internacionalmente, aceptables para diferentes ordenamientos jurídicos. Entre estos instrumentos cabe citar los siguientes:

a) En materia de ventas, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[3] y la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías[4];

b) En materia de solución de controversias, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras[5] (convención de las Naciones Unidas aprobada antes de que se estableciera la Comisión, pero promovida activamente por ella), el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[6], el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI[7], la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional[8], las notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral[9], y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional[10];

c) En materia de contratación pública, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[11] y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada[12];

d) En materia de banca, pagos e insolvencia, la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (resolución 56/81 de la Asamblea General, anexo), la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías

---

[3] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, Viena, 10 de marzo a 11 de abril de 1980* (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.82.V.5), parte I.

[4] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la prescripción en la compraventa internacional de mercaderías, Nueva York, 20 de mayo a 14 de junio de 1974* (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.74.V.8), parte I.

[5] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, Núm. 4739.

[6] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/31/17), párr. 57.

[7] Ibíd., *trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/35/17), párr. 106.

[8] Ibíd., *cuadragésimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/40/17), anexo I.

[9] Ibíd., *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/51/17), cap. II.

[10] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), anexo I.

[11] Ibíd., *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento Núm. 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I.

[12] Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.01.V.4.

independientes y cartas de crédito contingente (resolución 50/48 de la Asamblea General, anexo), la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito[13], la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales (resolución 43/165 de la Asamblea General, anexo) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza[14];

e) En materia de transporte, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo)[15] y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional[16]; y

f) En materia de comercio electrónico e intercambio electrónico de datos, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[17] y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas[18].

V. Asistencia técnica para la preparación y aplicación de normas legales

13. Se presta asistencia técnica a los Estados que preparan legislación basada en textos de la CNUDMI. Esta asistencia reviste varias formas, como, por ejemplo, la revisión de los proyectos de ley desde el punto de vista de esos textos, el asesoramiento técnico y ayuda para preparar legislación basada en textos jurídicos de la Comisión, la preparación de reglamentos para la aplicación de esa legislación, las observaciones sobre los informes de las comisiones encargadas de la reforma legislativa y las sesiones de información para legisladores, jueces, árbitros, funcionarios encargados de la contratación pública y otros usuarios de los textos de la CNUDMI incorporados a la legislación nacional. Otra forma de asistencia técnica de la Secretaría consiste en asesorar acerca del establecimiento de arreglos institucionales en relación con el arbitraje mercantil internacional, incluida la celebración de seminarios de formación de árbitros, jueces y peritos en la práctica del arbitraje. Las actividades de formación y asistencia técnica promueven el conocimiento y la adopción más general de los textos jurídicos preparados por la Comisión y revisten una utilidad especial para los países en desarrollo que carecen de conocimientos especializados en las esferas del derecho mercantil y comercial de que se ocupa la CNUDMI. Así pues, las actividades de formación y asistencia de la Secretaría podrían desempeñar un papel importante en la labor de integración económica que realizan muchos países.

---

[13] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/47/17), anexo I.

[14] Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/52/17), anexo I.

[15] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, Hamburgo, 6 a 31 de marzo de 1978* (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta, S.80.VIII.1), documento A/CONF.89/13, anexo I.

[16] A/CONF.152/13, anexo.

[17] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/51/17), anexo I.

[18] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/56/17), anexo II.

14. En su resolución 58/75, de 8 de enero de 2004, la Asamblea General reafirmó la importancia que revestía, especialmente para los países en desarrollo, la labor de formación y asistencia técnica de la Comisión en materia de derecho mercantil internacional y reiteró su llamamiento al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y a otros órganos responsables de la asistencia para el desarrollo, como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y los bancos regionales de desarrollo, así como a los gobiernos en el marco de sus programas de asistencia bilateral, para que prestaran apoyo al programa de formación y asistencia técnica de la Comisión y para que cooperaran con la Comisión y coordinaran sus actividades con la de ésta.

15. En la misma resolución, la Asamblea General destacó la importancia de la entrada en vigor de las convenciones resultantes de la labor de la Comisión en pro de la unificación y la armonización a nivel mundial del derecho mercantil internacional y, a tal fin, exhortó a los Estados que aún no lo hubieran hecho a que consideraran la posibilidad de firmar o ratificar esas convenciones o de adherirse a ellas.

16. La secretaría de la CNUDMI está dispuesta a prestar asistencia y asesoramiento técnicos a esos Estados, así como a los que se encuentran en vías de revisar su legislación mercantil.

VI. Seminarios y misiones de información

17. Las actividades de la CNUDMI suelen llevarse a cabo mediante seminarios y misiones de información destinados a funcionarios de los ministerios interesados (por ejemplo, de comercio, relaciones exteriores, justicia y transporte), jueces, árbitros, abogados en ejercicio, representantes del sector comercial, los círculos académicos y otras personas interesadas. Los seminarios y las misiones de información tienen por finalidad explicar las características más destacadas y la utilidad de los instrumentos de derecho mercantil internacional de la Comisión. También se proporciona información sobre algunos textos jurídicos importantes de otras organizaciones, como, por ejemplo, las Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios y las cláusulas comerciales Incoterm de la Cámara de Comercio Internacional.

18. En los seminarios de la CNUDMI, la exposición de los temas suele estar a cargo de uno o dos funcionarios de su secretaría, de expertos de los países anfitriones y, ocasionalmente, de consultores externos. Finalizado el seminario, la secretaría se pone en contacto con los participantes a fin de ofrecer a los países anfitriones el máximo apoyo posible durante el proceso de aprobación e introducción de textos de la CNUDMI.

19. Desde el anterior período de sesiones, la secretaría de la CNUDMI ha organizado seminarios en varios países, que han abarcado, en general, misiones de información. Los siguientes seminarios se financiaron con recursos del Fondo Fiduciario para simposios de la CNUDMI (el número de participantes es un aproximado únicamente):

a) Lima (19 a 21 de mayo de 2003), seminario realizado en cooperación con la Federación Interamericana de Abogados (120 participantes);

b) Ulan Bator (26 a 28 de mayo de 2003), seminario realizado en cooperación con el Gobierno de Mongolia y la Cámara de Comercio de Mongolia (60 participantes);

c) Belgrado (6 y 7 de junio de 2003), seminario realizado en cooperación con el Centro Europeo para la Paz y el Desarrollo de la Universidad de la Paz (15 participantes);

d) Auckland, Nueva Zelandia (10 a 12 de junio de 2003), seminario realizado en cooperación con el Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio, para pequeños Estados del Pacífico (20 participantes);

e) Gaborone (9 y 10 de septiembre de 2003), seminario realizado en cooperación con el gobierno de Botswana y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) Botswana (80 participantes);

f) Seúl (24 a 26 de septiembre de 2003), seminario realizado en cooperación con el Ministerio de Justicia (70 participantes);

g) Vladivostok, Federación de Rusia (29 de septiembre a 1º de octubre de 2003), seminario realizado en cooperación con la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia (50 participantes);

h) La Habana (29 de septiembre a 3 de octubre de 2003), seminario realizado en cooperación con la Sociedad Cubana de Derecho y Tecnología de la Información de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (250 participantes);

i) Caracas (19 a 21 de noviembre de 2003), seminario realizado en cooperación con el Gobierno de Venezuela (120 participantes);

j) Bogotá (25 a 28 de noviembre de 2003), seminario realizado en cooperación con el Gobierno de Colombia (300 participantes);

k) Jartum (26 a 29 de enero de 2004), seminario realizado en cooperación con el Gobierno del Sudán (60 participantes);

l) Belgrado (5 a 7 de febrero de 2004), seminario realizado en cooperación con el Centro Europeo para la Paz y el Desarrollo de la Universidad de la Paz (10 participantes); y

m) Sanaa (8 a 10 de marzo de 2004), seminario realizado en cooperación con el Ministerio de Justicia y el Centro de Arbitraje del Yemen (110 participantes).

VII. Participación en otras actividades

20. Varios funcionarios de la secretaría de la CNUDMI han participado en calidad de oradores en diversos seminarios, conferencias y cursos en los que se presentaron textos de la Comisión para someterlos a examen con miras a su posible aprobación o utilización. La participación de funcionarios de la secretaría en los seminarios, conferencias y cursos que se indican a continuación fue sufragada por la institución organizadora o por otra organización. La participación en algunos de esos seminarios, conferencias y cursos fue financiada, en todo o en parte, con recursos del presupuesto ordinario de las Naciones Unidas para gastos de viaje:

a) Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) Simposio del Consejo de Europa (medidas provisionales de protección en el arbitraje) (Londres, 5 a 9 de mayo de 2003);

b) Foro de la Corte Permanente de Arbitraje y el Centro Internacional de Solución de Controversias (medidas provisionales de protección en el arbitraje), (Bruselas, 28 de mayo de 2003);

c) Coloquio sobre Arbitraje Comercial Internacional y los Estados de África (Londres, 4 y 5 de junio de 2003);

d) Coloquio del Comité Marítimo Internacional (CMI) (Bordeaux, Francia, 11 a 13 de junio de 2003);

e) Grupo de Trabajo Jurídico UN/CEFACT (Ginebra, 16 y 17 de junio de 2003);

f) Sesión de información sobre contratación pública para miembros de la OMS (Ginebra, 19 de junio de 2003);

g) Conferencia Regional Africana de alto nivel sobre las estrategias de comercio electrónico para el desarrollo de la UNCTAD (Túnez, 19 a 21 de junio de 2003);

h) Conferencia sobre solución alternativa de controversias: solución alternativa de controversias civiles y comerciales en el ámbito comercial mundial (Roma, 3 de julio de 2003);

i) Programa escolar de verano para estudiantes universitarios patrocinado por la Universidad de Economía y Derecho, Hamburgo, y la Universidad de Tecnología, Sydney (Hamburgo, 21 y 22 de julio de 2003);

j) Curso práctico sobre el derecho comercial actual en materia de comercio electrónico, patrocinado por la Universidad de Pretoria (Pretoria, 28 de agosto de 2003);

k) Conferencia anual de la Asociación Internacional de Abogados (San Francisco, California, Estados Unidos de América, 18 y 19 de septiembre de 2003);

l) Coloquio Judicial Multinacional Internacional, patrocinado por la CNUDMI y la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL) y la Conferencia Regional anual de la INSOL (Las Vegas, Nevada, Estados Unidos de América, 20 a 23 de septiembre de 2003);

m) Conferencias del programa de posgrado sobre derecho mercantil internacional, patrocinado por la Universidad Federal de Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Brasil, 29 de septiembre a 2 de octubre de 2003);

n) Simposio sobre insolvencia 2003, patrocinado por el Banco Central Europeo (Frankfurt, Alemania, 30 de septiembre a 1º de octubre de 2003);

o) Conferencia Regional de Alto Nivel para las Economías en Transición, sobre "TIC y Comercio Electrónico: estrategias para el desarrollo" (Ginebra, 20 y 21 de octubre de 2003);

p) Programa sobre deudas por pagar, equipo móvil, valores de la Asociación de Abogados del estado de Nueva York, patrocinado por la Asociación de Abogados

del estado de Nueva York, la Asociación Internacional de Abogados y la Unión Internacional de Abogados (Amsterdam, 24 de octubre de 2003);

q) Conferencia del proyecto sobre controversias comerciales en relación con la utilización de la mediación en países de Europa sudoriental, USAID (Ljubljana, 27 a 29 de octubre de 2003);

r) Conferencia internacional sobre transacciones garantizadas, patrocinada por la Escuela de Derecho de la Universidad de Manchester (Manchester, Reino Unido, 29 y 30 de octubre de 2003);

s) Seminario sobre comercio electrónico, patrocinado por la Escuela Superior de Comercio del Norte (EDHEC) (Niza, Francia, 6 y 7 de noviembre de 2003);

t) Foro de la OCDE sobre la reforma de las insolvencias en Asia (Seúl, 10 y 11 de noviembre de 2003);

u) Grupo de Estudio S78 del UNIDROIT y coloquio sobre normas sustantivas armonizadas sobre valores en poder de intermediarios (Roma, 12 a 14 de noviembre de 2003);

v) Comité Marítimo Internacional (CMI) Subcomité internacional sobre cuestiones jurídicas del transporte (Londres, 17 de noviembre de 2003);

w) Simposio sobre solución de controversias comerciales, patrocinado por USAID (Moscú, 19 a 21 de noviembre de 2003);

x) Conferencia sobre seguridad transfronteriza para los créditos, patrocinada por la Academia de Derecho Europeo (Trier, Alemania, 4 y 5 de diciembre de 2003);

y) Conferencia sobre mediación y arbitraje comercial en Croacia y la región de los Balcanes, patrocinada por la Cámara de Comercio de Croacia (Zagreb, 4 de diciembre de 2003);

z) Conferencia sobre derechos y obligaciones contractuales en Europa central y sudoriental y la Mancomunidad de Estados Independientes, patrocinada por el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) (Londres, 5 de diciembre de 2003);

aa) Cámara de Comercio Internacional (CCI), Comisión de Técnica y Práctica Bancaria y Conferencia Internacional de la CCI sobre Finanzas Bancarias y Comerciales (Nueva Delhi, 9 a 11 de diciembre de 2003);

bb) Conferencia sobre Comercio Electrónico y Coloquio Judicial, patrocinados por el Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo (El Cairo, 17 a 19 de enero de 2004);

cc) Conferencia sobre "Las Nuevas Normas Suizas de Arbitraje Internacional", patrocinada por la Asociación Suiza de Arbitraje (Zurich, Suiza, 23 de enero de 2003);

dd) Conferencia sobre El equilibrio entre la recuperación, la reestructuración y la liquidación - Nuevos problemas en Asia, patrocinada por INSOL India y *Business Recovery and Insolvency Professionals* de Sri Lanka (Colombo, 13 a 15 de febrero de 2004);

ee) Comité Marítimo Internacional (CMI)/CNUDMI Mesa Redonda sobre Libertad de Contratación (Londres, 20 y 21 de febrero de 2004);

ff) Ministerio de Justicia de Marruecos, Seminario de Debate sobre su proyecto de Ley de Arbitraje (Casablanca, Marruecos, 3 y 4 de marzo de 2004);

gg) Congreso sobre la Gestión de Conflictos-Nuevas Perspectivas y Metodologías en materia de Conciliación (Turín, 5 de marzo de 2004);

hh) Consorcio de Buena Gobernanza, Reunión de Planificación Regional de la Unión Europea (Viena, 5 de marzo de 2004);

ii) Firmas electrónicas-Conferencia sobre la Promoción del Comercio Electrónico en Egipto auspiciado por el Ministerio de Comunicaciones y Tecnología de la Información, Egipto, patrocinada por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos y USAID (El Cairo, 27 y 28 de marzo de 2004);

jj) Curso de posgrado sobre Derecho Mercantil Internacional, patrocinado por el Centro de Capacitación Internacional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Instituto Universitario de Estudios Europeos (Turín, Italia, 2 de abril de 2004); y

kk) Conferencia Conjunta: Labor Actual y Futura de la CNUDMI en Materia de Arbitraje Comercial Internacional-entidades asociadas en Europa: Arbitraje en Europa central y oriental, patrocinada por la CNUDMI y el Centro Arbitral Internacional de la Cámara Federal de Economía de Austria (Viena, 1º y 2 de abril de 2004).

21. Para el resto de 2004, está prevista la realización de seminarios y misiones de información sobre la prestación de asistencia jurídica en África, Asia y Europa oriental. Habida cuenta de que el presupuesto ordinario cubre los gastos de viaje de las actividades de capacitación y asistencia técnica, la capacidad de la Secretaría para aplicar esos planes está subordinada a la recepción de fondos suficientes en forma de contribuciones al Fondo Fiduciario para los simposios de la CNUDMI.

22. Conforme ha venido haciendo en estos últimos años, la Secretaría ha convenido en copatrocinar el próximo curso de posgrado de tres meses de duración sobre derecho mercantil internacional que será organizado por el Instituto Universitario de Estudios Europeos y el Centro Internacional de Capacitación de la OIT en Turín. Aproximadamente la mitad de los participantes suelen proceder de Italia, y muchos de los demás proceden de los países en desarrollo. La contribución de la secretaría de la CNUDMI al próximo curso se centrará en cuestiones de armonización de las leyes sobre derecho mercantil internacional desde la perspectiva de la CNUDMI, incluida la labor en el pasado y en marcha. Se abriga la esperanza de que al menos un estudiante del curso participará en el programa de pasantías de las Naciones Unidas con la CNUDMI. El programa de pasantías se examina en los párrafos 24 y 25 *infra*.

23. Asimismo, conforme ha venido haciendo durante los últimos siete años, la Secretaría copatrocinó el Décimo Concurso Internacional de Arbitraje Comercial Simulado Willem C. Vis en Viena, del 2 al 8 de abril de 2004. El concurso lo organiza principalmente el Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Escuela de Derecho de la Universidad de Pace. Dada su amplia participación internacional, integrada por 136 equipos procedentes de 42 países en 2004, se

estima que constituye una excelente manera de divulgar la información sobre textos jurídicos uniformes y enseñar derecho mercantil internacional. Al igual que en el pasado, la Secretaría ofreció conferencias a los participantes del concurso.

VIII. Programa de pasantías

24. El programa de pasantías tiene por finalidad proporcionar a jóvenes abogados la oportunidad de familiarizarse con la labor de la CNUDMI y de aumentar sus conocimientos sobre aspectos concretos del derecho mercantil internacional. Durante el pasado año la Secretaría acogió a 10 pasantes, procedentes de Alemania, la Argentina, Austria, Bélgica, España, Italia, México y Venezuela. A los pasantes se les asignan tareas como, por ejemplo, la realización de investigaciones básicas o avanzadas, y la reunión y sistematización de información y documentación, o la colaboración en la preparación de documentos de antecedentes. La experiencia de la CNUDMI respecto del programa de pasantías ha sido positiva. No obstante, como la Secretaría carece de fondos para contribuir a sufragar los gastos de viaje, o de otra índole, de los pasantes, éstos tienen que ser patrocinados por alguna organización, universidad u organismo oficial, o correr con sus propios gastos. En consecuencia, la participación de pasantes de los países en desarrollo es limitada. A este respecto, la Comisión quizá desee invitar a los Estados Miembros, universidades y otras organizaciones a que, además de las entidades que ya lo hacen, estudien la posibilidad de patrocinar la participación de jóvenes abogados en el programa de pasantías de la CNUDMI.

25. Además, a veces la Secretaría acepta solicitudes de especialistas y abogados en ejercicio que, durante un corto período, desean realizar investigaciones en la biblioteca jurídica de la Comisión.

IX. SITUACIÓN DE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI

Situación actual de las convenciones y leyes modelo (A/CN.9/561) [Original: inglés]

Este documento no ha sido reproducido en el Anuario. La lista actualizada se puede solicitar a la Secretaría de la CNUDMI o consultarse en el sitio web de la Comisión (*www.uncitral.org*).

X. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

A. Coordinación de tareas: actividades de las organizaciones internacionales en materia de garantías reales
Nota de la Secretaría

(A/CN.9/565) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Labor en curso de las organizaciones regionales e interregionales en materia de garantías reales	3-32
	A. CNUDMI	3-5
	1. Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional	3
	2. Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas	4-5
	B. Unidroit	6-9
	1. El Convenio del Unidroit sobre el Facturaje Internacional	6
	2. Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil	7-8
	3. Proyecto de régimen armonizado del Unidroit relativo a los valores bursátiles que obren en poder de un intermediario	9
	C. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado	10
	D. Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo	11
	E. Banco Asiático de Desarrollo	12
	F. Organización de los Estados Americanos	13
	G. Banco Mundial	14
	H. Unión Europea	15-32
	1. Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales	15-19
	2. Libro Verde de la Comisión Europea sobre la transformación del Convenio de Roma en un instrumento comunitario y sobre su actualización	20-25
	3. Conclusiones	26-32

I. Introducción

1. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su 14º período de sesiones, decidió que para reforzar aún más la función de coordinación de la Comisión, la Secretaría debería seleccionar, en intervalos adecuados, un tema particular para su análisis y presentar un informe que girase en torno, entre otras cosas, a la labor de otras organizaciones sobre ese tema[1]. El año pasado, la Secretaría seleccionó como tema el del régimen legal aplicable a la contratación pública de bienes, obras y servicios (véanse A/CN.9/539 y Add.1). En el año en curso el tema escogido para dicho análisis es el de las garantías reales.

2. La finalidad del presente documento es proporcionar y difundir información acerca de la labor emprendida por diversas organizaciones internacionales respecto de las garantías reales con miras a facilitar su coordinación y poner en claro la relación entre los textos ya completados.

II. Labor en curso de las organizaciones regionales e internacionales en materia de garantías reales

A. CNUDMI

1. Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional

3. En 2001, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (denominada en lo sucesivo,"la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos"), con la finalidad de que sirviera para eliminar todo obstáculo jurídico a la cesión de créditos, estableciera un régimen legal uniforme que regulara los derechos del deudor y enunciara un juego de normas uniformes sobre conflictos de leyes que determinara la ley aplicable a la validez de una cesión frente a terceros y a las controversias suscitadas por cuestiones de prelación.

2. Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas

4. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión decidió encomendar a un grupo de trabajo la tarea de formular un régimen legal eficiente de las garantías reales …[2]. El Grupo de Trabajo VI procedió a realizar su labor dando por sentado que el tema de las garantías reales constituidas sobre créditos por cobrar comerciales sería, a su vez, tratado en la guía legislativa en curso de preparación. Es preciso, por ello, dilucidar la cuestión de la relación entre el régimen de la Convención y las recomendaciones enunciadas en la guía legislativa.

5. Siempre que la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos regule cierta cuestión, las recomendaciones formuladas en la guía legislativa estarán basadas en los principios que se hayan incorporado a la Convención. Siempre que una cuestión no esté regulada en la Convención de las Naciones Unidas sobre la

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/36/17), párr.100.

[2] *Ibíd.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/56/17), párr. 351.

cesión de créditos, las recomendaciones de la guía legislativa complementarán, a dicho respecto, el régimen de la Convención. En la medida en que la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos se limite a tratar de cierta cuestión desde el mero ángulo de la normativa aplicable en materia de conflictos de leyes, las recomendaciones de la guía legislativa sustentarán la solución preconizada por la Convención al ayudar a determinar el derecho sustantivo interno, regulador de dicha cuestión, al que la Convención remita. En particular, respecto de la ley aplicable a los trámites que han de cumplirse para que una cesión surta efecto frente a terceros y a la prelación que corresponde al crédito así cedido, cuestiones que la Convención remite a la ley del Estado donde esté situado el cedente (véase el artículo 22), en las recomendaciones se indicará cuál será el derecho sustantivo aplicable al orden de prelación de los créditos. Ahora bien, los Estados, que promulguen normas de derecho interno inspiradas en las recomendaciones de la guía legislativa, deberán aprobar asimismo la Convención, por propiciarse en su régimen un mayor grado de uniformidad.

B. Unidroit

1. El Convenio del Unidroit sobre el Facturaje Internacional

6. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) concluyó en 1988 el Convenio del Unidroit sobre el Facturaje Internacional (denominado en lo sucesivo, “el Convenio del Unidroit sobre el Facturaje”). Si bien la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos desarrolla lo ya estatuido en el contenido el Convenio del Unidroit sobre el Facturaje, los dos instrumentos tienen un ámbito de aplicación diferente y tratan de cuestiones distintas. Ahora bien, es posible que ambos sean aplicables a un mismo contrato de facturaje y que su efecto sea divergente. Para dicho supuesto, en el párrafo 2 del artículo 38 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos se dispone que en caso de conflicto con el mencionado Convenio deberá prevalecer el régimen de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos. Para evitar toda duda, en el párrafo 2 del artículo 38 de la Convención se dispone también algo obvio, vale decir, que si la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos no es aplicable a los derechos y obligaciones de un deudor (bien porque el deudor no esté situado en un Estado Parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos, bien porque la ley que rige el contrato del que nacen los créditos cedidos no es la ley de un Estado Parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos), nada impedirá que esos derechos y obligaciones se rijan por el del Convenio del Unidroit sobre el Facturaje.

2. Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil

7. En 2001, el Unidroit y la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) concluyeron la elaboración del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (denominado en lo sucesivo, “el Convenio sobre equipo móvil”) y el Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico (denominado en lo sucesivo, “el Protocolo aeronáutico”). Estos instrumentos son aplicables a la cesión de créditos que sean derechos accesorios, incluida la cesión de los créditos por cobrar garantizados con elementos de equipo que sean objeto del Convenio sobre equipo móvil y sus Protocolos o relacionados

con él (véanse el apartado c) del artículo 1 y el artículo 31). De ello se desprende que la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos y el Convenio sobre equipo móvil y sus Protocolos pueden ser aplicables a la misma operación y que su efecto sea divergente. Por ese motivo, en el párrafo 1 del artículo 38 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos se dispone que su régimen "no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional que se haya celebrado o pueda celebrarse y que regule específicamente una operación regulada por la Convención". Por el mismo motivo, en el artículo 45 bis del Convenio sobre equipo móvil se establece que el Convenio prevalecerá sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos "en lo relativo a la cesión de créditos que son derechos accesorios relacionados con garantías internacionales sobre objetos aeronáuticos, material rodante ferroviario y bienes de equipo espacial"[3].

8. El Convenio sobre equipo móvil y el Protocolo aeronáutico, por un lado, y toda norma de derecho interno promulgada a partir de las recomendaciones formuladas en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre operaciones garantizadas guardan entre sí la misma relación que la existente entre esos textos y toda norma de derecho interno sobre operaciones garantizadas. Si bien el Convenio y el Protocolo no excluyen la constitución de garantías reales con arreglo al derecho interno, la garantía real internacional constituida con arreglo al régimen de esos instrumentos otorgará, por lo general, al acreedor un derecho más firme que el otorgado por una garantía real constituida con arreglo a una norma de derecho meramente interno[4].

3. Proyecto de régimen armonizado del Unidroit relativo a los valores bursátiles que obren en poder de un intermediario

9. En 2001, el Unidroit estableció un grupo de estudio con objeto de que preparara un régimen armonizado para la utilización a título de garantía de los valores bursátiles en poder de un intermediario. En su cuarto período de sesiones, celebrado en marzo de 2004, el Grupo de Estudio examinó un proyecto de convención. El texto que emane de la labor del Unidroit no será incompatible con la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos, ya que en ésta se dispone que las cesiones de créditos nacidos de la transferencia de derechos de garantía sobre valores bursátiles quedarán excluidas de su ámbito de aplicación (véase el apartado e) del párrafo 2 del artículo 4). De forma análoga, ese texto no debería ser incompatible con las recomendaciones que se formularán en la guía legislativa sobre operaciones garantizadas que la CNUDMI elabora, puesto que las garantías reales sobre valores bursátiles están excluidas del ámbito de la guía. Habrá que examinar en el marco del texto del Unidroit el régimen aplicable al producto del crédito cedido que no consista en valores. Asimismo, habrá que examinar a la luz de la guía legislativa de la CNUDMI el tratamiento que se dará a los valores como producto (o como parte de una garantía real constituida sobre todos los bienes de un deudor).

---

[3] Véase el sitio http://www.unidroit.org.

[4] Véase *Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Sir Roy Goode CBE, QC, Roma, septiembre de 2002, párr. 22.

C. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

10. En 2002, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado concluyó el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores bursátiles depositados en poder de un intermediario. No cabe prever conflicto alguno entre ese texto y el de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos, puesto que la cesión de créditos nacida de la transferencia de valores bursátiles no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Convención (véase el apartado e) del párrafo 2 del artículo 4). Por el mismo motivo, no cabe prever conflicto alguno entre este texto y la guía legislativa que la CNUDMI elabora (véase el final del párrafo 9 en relación con el tratamiento de los valores como producto de un crédito cedido o como parte de una garantía real constituida sobre todos los bienes de un deudor).

D. Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo

11. En 1994, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo ("BERD") preparó una Ley Modelo sobre las operaciones garantizadas[5]. En 1997 el BERD elaboró un conjunto de diez Principios Básicos de un régimen moderno de las operaciones garantizadas[6]. Esos principios permiten evaluar la eficacia del régimen de las operaciones garantizadas de un país y determinar los aspectos que es necesario reformar. En la actualidad el BERD elabora un juego de principios rectores para los registros de garantías reales. El BERD también brinda asesoramiento técnico a los países comprendidos en su región acerca de la forma de introducir reformas de carácter jurídico e institucional en sus regímenes de operaciones garantizadas. Se prevé que al elaborarse la futura guía legislativa de la CNUDMI sobre operaciones garantizadas se utilizarán y afinarán los conceptos de la Ley Modelo del BERD, así como de sus Principios y de su guía en materia de registros de garantías reales preparados por el BERD.

E. Banco Asiático de Desarrollo

12. En 2000, el Banco Asiático de Desarrollo (BAD) publicó una guía sobre la reforma del régimen de las operaciones garantizadas en Asia[7]. En 2002, el BAD publicó una guía de registros de bienes muebles[8]. Se prevé que en la futura guía legislativa de la CNUDMI sobre operaciones garantizadas se utilizarán y afinarán los conceptos recogidos en esas publicaciones.

---

[5] Véase el sitio http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/prin/main.htm.
[6] Véase el sitio http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/modellaw/modlaw0.htm.
[7] Véase el sitio http://www.adb.org/Documents/Others/Law_ADB/lpr_2000_2.asp?p=lawdevt.
[8] Véase el sitio http://www.adb.org/documents/reports/movables_registries/default.asp.

F. Organización de los Estados Americanos

13. En 2002, la Organización de los Estados Americanos preparó la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias[9]. Se prevé que en la futura guía legislativa de la CNUDMI sobre operaciones garantizadas se utilizarán y afinarán los conceptos recogidos en esa ley modelo

G. Banco Mundial

14. El Banco Mundial prepara en la actualidad un documento titulado "Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores", que trata de cuestiones de insolvencia y de operaciones garantizadas. Se prevé que este documento, junto con las guías de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia y sobre las operaciones garantizadas una vez terminadas, constituirán una normativa uniforme que regule la insolvencia y los derechos de los acreedores.

H. Unión Europea

1. Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales

15. El Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que se abrió a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (denominado en lo sucesivo, "el Convenio de Roma") trata también de la ley aplicable a las cesiones de créditos. Conforme al párrafo 1 de su artículo 12 la ley aplicable, a tenor del Convenio, al contrato entre el cedente y el cesionario será la que rija sus obligaciones recíprocas. Esta ley será la que elijan las partes y, caso de que no elijan ley alguna, la ley del país con la que el contrato guarde una relación más estrecha (es decir, la ley del país del cedente cuando la cesión sea pura y simple y la del país del cesionario cuando sea una cesión a título de garantía; véanse el artículo 3 y los párrafos 2 y 5 del artículo 4 del Convenio de Roma).

16. Conforme al párrafo 2 de su artículo 12, la ley que rija el crédito cedido "determinará el carácter transferible del mismo, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión frente al deudor y el carácter liberatorio de toda prestación eventual del deudor". Esa ley será la ley que rija el contrato del que nazca el crédito por cobrar cedidos (es decir, el contrato entre el cedente y el deudor), o sea, la ley elegida por el cedente y el deudor o, de no mediar elección alguna, la ley del país con la que dicho contrato guarde una relación más estrecha (por ejemplo, la ley del vendedor o cedente si se trata de un contrato de venta).

17. Los artículos 28 y 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos son casi idénticos al artículo 12 del Convenio de Roma. Los artículos 22 y 30 de dicha Convención tratan de la ley aplicable a los trámites requeridos para que una cesión surta efecto frente a terceros y a los conflictos de prelación entre reclamantes con derechos concurrentes sobre los créditos cedidos. Lo dispuesto en esos artículos pudiera entrar en conflicto con lo dispuesto en el artículo 12 del

[9] Véase el sitio http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/documents/eng/documents.asp.

Convenio de Roma en la medida en que en éste último trate de la validez frente a terceros de las cesiones. Esta cuestión no está clara, ya que hay divergencia de pareceres en la doctrina y en la práctica en cuanto a si el artículo 12 del Convenio de Roma es aplicable a la validez frente a terceros de las cesiones. La opinión predominante es que dicha cuestión no se regula en ese artículo. Una minoría sostiene, en cambio, que el artículo 12 si regula la cuestión. La opinión minoritaria está dividida, a su vez, acerca de la ley que sería aplicable: la que rija el contrato de cesión (párrafo 1 del artículo 12) o la que rija el contrato del que nacen los derechos cedidos (párrafo 2 del artículo 12).

18. Habida cuenta de que conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos sus Estados Parte podrán declararse no vinculados por las disposiciones de sus artículos 28 a 30 y por las otras de sus normas autónomas sobre conflictos de leyes enunciadas en su capítulo V, los Estados Parte en el Convenio de Roma que deseen ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos o adherirse a ella podrán formular una declaración en ese sentido. No obstante, el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos no podrá ser declarado inaplicable, ya que en dicho artículo se enuncia uno de los principios más importantes de la Convención (es decir, el de que la prelación sobre un crédito cedido se regirá por la ley del Estado en donde esté situada la administración central o la residencia habitual del cedente).

19. De estimarse que el artículo 12 del Convenio de Roma rige la cuestión de la ley aplicable a la validez frente a terceros de las cesiones de créditos y que dicho Convenio se aplica a una operación que se rija por la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos, surgiría un conflicto del hecho de que uno y otro instrumento remiten las cuestiones de prelación a dos leyes diferentes. En el párrafo 1 del artículo 38 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos se prevé la posibilidad de dicho conflicto y se establece que prevalecerá todo instrumento "que regule específicamente una operación regulada por la Convención". De ello se desprende que el Convenio de Roma no debería prevalecer sobre la Convención en la medida en que se considere que regula las obligaciones contractuales en general y no específicamente las cesiones de créditos. Con todo, el Convenio de Roma contiene una disposición similar (artículo 21), lo que podría suscitar dudas acerca de cuál de los dos instrumentos prevalecerá en caso de un conflicto de leyes.

2. Libro Verde de la Comisión Europea sobre la transformación del Convenio de Roma en un instrumento comunitario y sobre su actualización

20. La Comisión Europea considera actualmente la posibilidad de revisar el régimen del Convenio de Roma mediante un reglamento o una directiva. A fin de recabar la opinión de los Estados miembros de la Unión Europea, del sector empresarial y de los profesionales del derecho, la Comisión Europea ha publicado un "Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma en instrumento comunitario y su actualización (COM(2002) 654 final), de 14 de enero de 2003", (denominado en lo sucesivo, "el Libro Verde"), que se ha colocado en el sitio web de la Comisión Europea[10].

[10] Véase el sitio http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/news_summary_rome1_en.htm.

21. La pregunta 18 del Libro Verde dice: "¿Les parece conveniente precisar en un futuro instrumento cuál es la ley aplicable a la oponibilidad (frente a terceros) de la cesión de un crédito (por cobrar)? En caso afirmativo, ¿qué norma de conflicto preconizan?"[11].

22. En las observaciones que figuran en el Libro Verde bajo el título "Soluciones posibles" (3.2.13.3, iv), se indica: "Aplicación de la ley del domicilio del cedente: se trata de la solución más adecuada para satisfacer el criterio de su previsibilidad para terceros. Por ello, esta solución ha sido la adoptada por la Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional [nota de pie de página 89]."[12]

23. En el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos se declara aplicable la ley del Estado donde esté situado el cedente por ser ese criterio probablemente el único que (junto con una regla de ubicación adecuada) conduzca a la aplicación de una sola ley, ley que en la mayoría de los casos todo interesado podrá determinar con facilidad y que es la ley del foro ante el que probablemente se abrirá el procedimiento de insolvencia principal frente al cedente (criterio igualmente adoptado en el Reglamento (CE) Núm. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre el procedimiento de insolvencia). Se estimó que todas esas consideraciones eran indispensables para favorecer la oferta de crédito financiero a un interés razonable, objetivo probablemente irrealizable si no se conoce con certeza la ley que será eventualmente aplicable. Al respecto, el riesgo de la insolvencia del cedente fue uno de los factores más importantes que la Comisión tuvo en cuenta. En una operación típica de financiación por cesión de créditos, que suele entrañar varios créditos adeudados por diversos deudores, el principal riesgo para el cesionario no radica en que uno de muchos deudores no pague, sino en que un acreedor del cedente y, en particular, el administrador del procedimiento de insolvencia abierto contra dicho cedente reclame y obtenga la totalidad de los créditos cedidos.

24. Con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos, la ubicación del cedente será el lugar donde esté ubicado su establecimiento. El cedente sólo podrá ser una persona identificable, por lo que deberá ser fácil para todo interesado determinar dónde se encuentra su establecimiento. Cuando el cedente no tenga establecimiento, se hará referencia a su lugar de residencia habitual. Cuando el cedente tenga un establecimiento en más de un Estado, su establecimiento será el del lugar donde se ejerza su administración central (apartado h) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos). En la gran mayoría de los casos es fácil determinar el lugar donde se ejerce la administración central de una empresa. La Comisión consideró la posibilidad de que el Estado en donde esté ubicado el establecimiento del cedente más estrechamente vinculado con la operación de que se trate (véase el párrafo 2 del artículo 4 del Convenio de Roma) fuera el criterio de conexión utilizado para determinar la ley aplicable, pero lo dejó de lado por considerar que no aportaba suficiente certeza jurídica (en un supuesto de cesión de créditos por cobrar futuros) o que podría dar lugar a más de una ley aplicable (en un supuesto de una cesión global de un cierto conjunto de créditos), con lo que incidiría negativamente en la

[11] Ibíd.
[12] Ibíd.

oferta y el costo del crédito. Se rechazó asimismo el criterio de que la ubicación del cedente quedara determinada por su sede social ya que, en algunos casos, el cedente no tiene una presencia real en ese lugar.

25. Además, la Comisión era consciente de que el criterio por ella adoptado podría dar lugar a que se declarara aplicable la ley de más de una jurisdicción si un cedente, tras efectuar una cesión, trasladaba su administración central a otro país en donde efectuaba una segunda cesión de unos mismos créditos a otro cesionario. Si bien se examinó el texto de disposición que resolviera ese problema, se decidió que tal disposición no era necesaria porque, como el traslado de una administración central lleva mucho tiempo, los cesionarios interesados podrían tomar las precauciones necesarias para protegerse; se señaló también que era poco probable que un cedente recurriera a todo un traslado de su sede central para efectuar una segunda cesión de unos mismos créditos que le permitiera estafar a sus cesionarios.

3. Conclusiones

26. La Comisión tal vez desee recomendar que se procure evitar que, al revisarse el artículo 12 del Convenio de Roma para transponerlo en un futuro instrumento comunitario, se adopte un criterio diferente al seguido en el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos.

27. La regla enunciada en el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos es la que más probabilidades tiene de acrecentar la oferta y reducir el costo del crédito financiero negociable en el seno de la Unión Europea. Si ésta sigue un criterio distinto del reflejado en el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos, que otros países han adoptado o piensan adoptar, bien mediante su propia legislación interna, bien mediante la aprobación directa de la Convención, la Unión Europea estará mermando la oferta y elevando el costo del crédito financiero disponible no sólo para las operaciones que se efectúen en su seno sino también para las de índole transfronteriza en las que intervengan países, que comercian con la Unión Europea, cuyo derecho interno haya incorporado el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos o que hayan promulgado leyes compatibles con él.

28. Por ejemplo, si la Unión Europea y sus principales socios comerciales siguieran un criterio legal divergente respecto de la ley que debe regir la validez frente a terceros de las cesiones de créditos y si surgiera un conflicto de prelación entre un cesionario estadounidense y un vendedor alemán con retención de la titularidad extensible al producto de la venta ulterior de las mercancías, un mismo conflicto de prelación quedaría sometido al derecho interno de distintas jurisdicciones según que la controversia haya de dirimirse ante un tribunal estadounidense o ante un tribunal alemán. Esta incertidumbre podría malograr ciertas operaciones de financiación por cesión de créditos o al menos elevar su precio.

29. Además, si la Unión Europea adoptara un criterio diferente aplicable únicamente a las partes situadas en los Estados miembros de la Unión Europea, una ley regularía los conflictos de prelación entre esas partes, en tanto que otra ley regiría el mismo tipo de conflictos entre partes situadas en la Unión Europea y partes situadas en otras jurisdicciones, lo que podría ocasionar enormes dificultades prácticas y elevar asimismo los costos.

30. Las consecuencias podrían ser similares aun cuando en el artículo 12 revisado se adoptara, como en el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos, el criterio de que la ley aplicable será la ley del Estado donde esté situado el cedente. Ello podría suceder ya que, en virtud del párrafo 2 del artículo 4 del Convenio de Roma, el factor de conexión más directo puede llevar a la aplicación de una ley distinta de la ley del Estado de residencia habitual o de la administración central del cedente. Por ejemplo, salvo que se establezca una conexión directa con la ley del Estado de residencia habitual o de la administración central del cedente (véase el párrafo 24), un conflicto de prelación entre un banco francés y un banco estadounidense que recibiera por conducto de una sucursal suya en Francia una cesión de un cedente estadounidense podría regirse por la ley francesa (la ley del Estado con una conexión más estrecha con la cesión) a tenor del artículo 12 revisado del Convenio de Roma, mientras que a tenor del artículo 22 se regiría por la ley de los Estados Unidos de América (la ley del lugar donde esté ubicada la administración central de la empresa estadounidense).

31. En dicho contexto, al comentar lo expuesto en el Libro Verde, el Gobierno de Alemania señaló que valdría la pena tener presente la conveniencia de que toda normativa europea nueva sobre la ley aplicable a la validez frente a terceros de las cesiones de créditos siguiera el criterio adoptado por la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos[13]. Al formular sus observaciones al respecto, el Instituto Max Planck de Derecho Extranjero y Derecho Internacional Privado y el Grupo de Derecho Internacional Privado de Hamburgo se mostraron más categóricos y recomendaron la adopción de un criterio que se basara en la residencia habitual del cedente o, tratándose de personas jurídicas, en la administración central del cedente[14].

32. Al comentar sobre el Libro Verde, la Cámara de Comercio Internacional señaló que la CCI preferiría que esa cuestión se resolviera en el marco de la Directiva europea relativa a la quiebra o de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos. La CCI considera que la mejor solución sería otorgar un mandato a la Comisión Europea facultándola para ratificar colectivamente esa Convención en nombre de todos los países de la Unión Europea, y suprimir el actual artículo 12 del Convenio de Roma, si se revisa dicho instrumento[15]. La solución propuesta presenta la ventaja de que no requiere la revisión del artículo 12 y del párrafo 2 del artículo 4 del Convenio de Roma, permite solucionar el fondo de la cuestión de la manera más adecuada y evita dilatar el momento en que la Unión Europea y otros países comiencen a gozar de los beneficios que se obtendrán con la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos[16].

---

[13] Véase el sitio http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/bundesrepublik_deutschland_de.pdf.

[14] Véase *Rabels Zeitschrift*, 67 (2003) 1, 45 y 51 y el sitio http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/max_planck_institute_foreign_private_international_law_en.pdf.

[15] Véase el sitio http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/international_chamber_commerce_en.pdf.

[16] Hasta la fecha, los Estados Unidos de América, Luxemburgo y Madagascar han firmado la Convención. Véase el sitio http://www.uncitral.org [Instrumentos].

B. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca del Coloquio sobre fraude comercial internacional (A/CN.9/555) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
I.	Introducción	1-5
II.	El fraude comercial en esferas concretas del derecho privado	6-61
	A. Observaciones generales y la labor de otras organizaciones internacionales	6-8
	B. El fraude bancario y comercial	9-13
	C. Investigación	14-19
	D. El fraude cibernético	20-24
	E. Prevención	25-29
	F. Transporte	30-35
	G. Seguro	36-39
	H. Recuperación	40-42
	I. Blanqueo de dinero	43-47
	J. Insolvencia	48-49
	K. Enjuiciamiento	50-53
	L. Adquisiciones	54-56
	M. El papel de los profesionales	57-58
	N. Valores	59-61
III.	Conclusiones y sugerencias relativas a la labor futura	62-71

I. Introducción

1. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decidió que la Secretaría preparara un estudio de las prácticas financieras y comerciales fraudulentas en diversas esferas del comercio y las finanzas para su consideración en un período de sesiones futuro de la Comisión[1]. La Comisión observó que muchas prácticas fraudulentas tenían carácter internacional, que tenían un efecto económico

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/57/17), párrs. 279 a 290.

negativo importante sobre el comercio mundial, que tenían además un efecto negativo sobre los instrumentos legítimos del comercio internacional, y que su incidencia iba en aumento, en particular desde el surgimiento de Internet, que brindaba nuevas oportunidades para cometer fraude. La Secretaría convocó en consecuencia una reunión de expertos que se celebró del 2 al 4 de diciembre de 2002 en Viena (Austria) en la sede de la Secretaría de la Comisión a fin de examinar el tema y ayudar a preparar una nota sobre la posible labor futura para el período de sesiones siguiente de la Comisión (A/CN.9/540).

2. En su 36º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión tuvo ante sí la nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de fraude comercial (A/CN.9/540). La Comisión expresó decidido apoyo a la recomendación formulada por la Secretaría (A/CN.9/540, párrafos 65 a 67) en el sentido de que se organizara un coloquio internacional acerca de diversos aspectos del problema del fraude comercial desde el punto de vista del derecho privado y que permitiera un intercambio de puntos de vista de las diversas partes interesadas, incluidas las que trabajan en gobiernos nacionales, organizaciones intergubernamentales y organizaciones privadas con especial interés y conocimientos relativos a la lucha contra el fraude comercial. El Coloquio serviría también de oportunidad para promover un intercambio de opiniones con los sectores especializados en derecho penal y regulatorio que luchan contra el fraude comercial y para determinar los asuntos que se pueden coordinar y armonizar. Además, al informársele de la posibilidad de que la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, por conducto del Centro para la Prevención Internacional del Delito, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, hiciera un estudio de los aspectos del fraude comercial en consulta con la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la Comisión, observando que sus recursos estaban plenamente dedicados a la formulación de las normas de derecho privado y actividades conexas, recabó la asistencia de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal para hacer ese estudio.

3. El Coloquio se organizó con el copatrocinio y la asistencia del *Institute of International Banking Law and Practice* y la Universidad George Mason, y en cooperación con el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), la Organización de los Estados Americanos y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante denominada la Conferencia de La Haya) en Viena del 14 al 16 de abril del 2004.

4. Los oradores y participantes en el Coloquio fueron una selección de expertos en cada una de las esferas examinadas, que representaban el espectro más amplio posible de criterios acerca del problema del fraude comercial. Asistieron unos 120 participantes de 30 países, entre ellos abogados, contadores, bancarios, académicos, expertos en seguridad, funcionarios encargados del cumplimiento de la ley, reguladores y expertos en la recuperación de fondos, así como representantes gubernamentales y de organizaciones internacionales como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Fondo de la Organización de Países Exportadores de Petróleo para el Desarrollo Internacional, la Liga de los Estados Árabes, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Cámara de Comercio Internacional y la *North American Securities Administrators Association*.

5. La presente nota contiene un resumen de las actuaciones del Coloquio y las cuestiones fundamentales, e incluye recomendaciones dirigidas a la Comisión para la posible labor futura en esta esfera.

II. El fraude comercial en esferas concretas del derecho privado

A. Observaciones generales y la labor de otras organizaciones internacionales

6. Hubo acuerdo general en que el fraude comercial constituía una carga grave para el comercio internacional, y que iba en desmedro de los sistemas y mercados bancarios y financieros. Se observó que el fraude comercial afectaba en particular a los países pequeños y en desarrollo, y que provocaba inestabilidad. Además, se reconoció que el fraude estaba vinculado con la delincuencia organizada y que podían verse posibles conexiones con actividades terroristas. Se sugirió que el objetivo del Coloquio era examinar esferas dignas de mayor estudio, considerar los aspectos relacionados con la prevención del fraude comercial, y considerar la posibilidad de colaborar con la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en la realización de nuevos estudios sobre el fraude comercial.

7. Se examinó la labor relacionada con la prevención del fraude comercial en otras organizaciones internacionales. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito observó las importantes dimensiones que el fraude comercial tenía en relación con el derecho penal, así como su propia responsabilidad acerca de las cuestiones relacionadas con el derecho penal y la justicia penal, y reseñó sus logros en el desarrollo del derecho internacional en esa esfera. En particular, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito reseñó su función en tanto secretaría de las negociaciones que culminaron con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos[2] y con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[3], que se abrió recientemente a la firma. Se destacaron aspectos fundamentales de esos dos instrumentos mundiales, incluida su universalidad, su carácter altamente participatorio en tanto procura lograr consenso y hacer participar a los profesionales en la formulación de los instrumentos, y su equilibrio intrínseco entre la necesidad de adoptar medidas internas y las disposiciones relativas a la recuperación de bienes. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito señaló al Coloquio que el 13º período de sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal se había de celebrar del 11 al 20 de mayo de 2004 en Viena, y que el 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal se había de celebrar del 18 al 25 de abril de 2005 en Bangkok. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito informó que en las recomendaciones de

[2] Nueva York, 15 de noviembre de 2000: Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, y Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

[3] Aprobada y abierta a la firma por la Resolución 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 31 de octubre de 2003.

la Reunión Preparatoria Regional Africana, celebrada en marzo de 2004 en Addis Abeba, y en la Reunión Preparatoria Regional de Asia y el Pacífico, celebrada en marzo de 2004 en Bangkok en preparación del 11º Congreso, se reconoció especialmente que habían surgido nuevas formas de delito económico y financiero que constituían amenazas importantes a la economía nacional de los microestados, y se recomendaba que en el 11º Congreso se estudiara la posibilidad de negociar instrumentos jurídicos internacionales en esas esferas. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito observó que en las reuniones preparatorias se había indicado que era cada vez más evidente que se requería tener mayores conocimientos con respecto a la incidencia, los efectos y las consecuencias del fraude comercial. La Oficina expresó su apoyo al Coloquio y su agudo interés en él, indicando que sus conclusiones y recomendaciones serían útiles a la Oficina en la preparación de su futuro programa de trabajo.

8. Se presentó además la labor conexa de la Conferencia de La Haya, centrada en el Convenio de La Haya por el que se suprime el requisito de legalización de documentos públicos extranjeros[4], que según estudios recientes se utilizaba ampliamente para evitar la falsificación de firmas en los documentos públicos. La Conferencia de La Haya está preparando un manual sobre el uso de la legalización de los documentos públicos extranjeros, que debe estar disponible a fines de 2004.

B. El fraude bancario y comercial

9. En el contexto de ejemplos recientes de fraude comercial cometido en las actividades bancarias y comerciales, los participantes en el Coloquio examinaron algunas cuestiones importantes comunes en esos fraudes, y, según se observó, a muchos fraudes en general. En ese debate inicial se enunciaron algunas cuestiones fundamentales que surgieron a lo largo del Coloquio.

10. Dos aspectos clave que se destacaron fueron la forma en que el carácter volátil del producto en cuestión podía exacerbar el fraude, y la importancia de que las instituciones financieras adquirieran una cabal comprensión de todos los aspectos de la transacción que financiaban. Se indicó que otros problemas eran la organización y la estructura de la institución u organización defraudada misma, y que las rivalidades internas y la compensación basada en comisiones u otros planes de incentivos podían aumentar la posibilidad de que una institución u organización fuera defraudada. Se dijo que surgían otras esferas de vulnerabilidad cuando una institución financiera estaba deseosa de participar en un tipo determinado de negocio o transacción, como resultado de lo cual actuaba con menor diligencia, y la memoria institucional relativamente corta que la mayoría de las organizaciones tenían podía dar como resultado que fueran víctimas de fraudes semejantes después de un ciclo aproximado de diez a doce años. Un factor que complicaba en particular los asuntos relativos a la detección de los fraudes era el caso en que el comprador y el vendedor de un producto actuaban en colusión para realizar el fraude. Se dijo que un rasgo importante de los fraudes bancarios y comerciales era el uso inicial de instrumentos financieros y documentos de transporte legítimos, y la introducción gradual de documentos sin valor ni sentido en transacciones posteriores. Se sugirió

[4] Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 por el que se suprime el requisito de legalización de documentos públicos extranjeros.

que eran factores importantes en la lucha contra esos fraudes la disposición de un consejero o banquero a reconocer la falta de comprensión de una transacción compleja, y la aplicación por las instituciones de programas de debida diligencia apropiados.

11. Se examinó la dificultad para enjuiciar los delitos económicos y entablar acciones civiles respecto del fraude. Aunque se expresó cierto grado de frustración con el castigo administrado en los casos enjuiciados con éxito, hubo acuerdo en que cada vez había mayor comprensión de que los efectos del delito económico podían ser muy perjudiciales. Se expresó preocupación por la falta de enjuiciamiento exitoso en los casos complicados de fraude, que requerían un mayor grado de conocimiento especializado de todos los participantes, incluidos los fiscales, los jueces y los jurados. Se sugirió además que el enjuiciamiento exitoso del fraude no constituía necesariamente un disuasivo suficiente, y que tal vez debía procurarse examinar la prevención del fraude desde la perspectiva de las razones de que las personas cometieran el delito de fraude. Entre otros aspectos que se examinaron se incluía el grado de responsabilidad de las casas matrices y sus funcionarios por las acciones fraudulentas de las filiales, si eran responsables de pagar indemnización, y si debía imponerse una obligación de presentar un informe.

12. Otro tema que se estudió fue el de la situación común de las actuaciones en los casos de fraude en la doble pista de investigación penal y privada, del cumplimiento de la ley y la recuperación, y los problemas que ello podía generar. Por ejemplo, con frecuencia los organismos encargados del cumplimiento de la ley no podían suministrar información útil en la investigación y recuperación privadas. La recuperación de bienes era la principal preocupación de las entidades privadas, pero no era el principal aspecto de la sanción penal. Además, hubo acuerdo en general en que la mayor cooperación entre ambas partes con frecuencia serviría a las empresas en cuanto a la prevención y la investigación, pero las empresas solían ser renuentes a aparecer susceptibles a los fraudes. Se sugirió además que, dada la escasez de recursos, en ocasiones los organismos encargados del cumplimiento de la ley preferían que las entidades comerciales hicieran su propia investigación. No obstante, pueden verse ejemplos de colaboración de los sectores público y privado para luchar contra el fraude en los párrafos 17 y 25 a 28 *infra*, en lo que se refiere a la investigación y prevención.

13. Se planteó el problema de la falta de información suficiente sobre el grado y tipo de fraude que se cometía. Otros temas que se reiteraron en el Coloquio fueron la importancia de deshacer la imagen de fraude comercial como un delito sin víctima, y la dificultad general de tener que demostrar el dolo de fraude. Esta dificultad se complica cuando, por ejemplo, se presentan documentos falsificados por un tercero.

C. Investigación

14. En la sesión dedicada a la investigación del fraude y las cuestiones que debían enfrentarse durante una investigación se observó la importancia que revestía para la mayoría de las víctimas de fraude encontrar pruebas que permitieran la recuperación financiera. Particular importancia tenía a este respecto el uso de la informática forense que podía permitir a los investigadores tomar medidas inmediatas para

preservar los activos y descubrir pruebas de nuevos fraudes que con frecuencia quedan en claro después del descubrimiento inicial. Con esas técnicas los investigadores pueden descubrir, preservar y analizar datos digitales, incluidas la actividad de decepción, la copia de documentos, el perfil del estafador, y las pautas de actividad. Se observó que una auditoría tradicional probablemente no detectaría el fraude de gestión, que era la fuente de la mayoría de los fraudes.

15. Se dio un ejemplo de un caso de fraude cometido por empleado para demostrar alguna de las técnicas de investigación que se podían utilizar para investigar y descubrir fraudes. En el asunto se destacaba la importancia de la cooperación entre los investigadores privados del fraude y los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley, especialmente al iniciarse la investigación. Se sugirió que el fraude cometido por empleados y otras personas que realizaban actividades en el interior de las empresas, ya fuera entre ellos o en cooperación con personas situadas fuera de la empresa, acarreaba pérdidas considerables y que se debía alentar a las empresas a investigar y supervisar a sus empleados de manera más eficaz.

16. Se observó que los importantes escándalos empresariales recientes habían amenazado la confianza de los inversionistas y de las empresas y habían dejado en claro que la comunidad comercial debía estar preparada para el fraude en gran escala. Algunos países han respondido a esos escándalos con legislación especial, el aumento de la actividad de cumplimiento de la ley y el reconocimiento mayor del delito financiero como un problema importante.

17. Los participantes en el Coloquio tuvieron una presentación acerca de un sistema desarrollado en un país para responder a ese tipo de escándalos empresariales, en que se estaba haciendo la recuperación civil, pero no se habían aplicado sanciones penales. En lugar de formular simplemente directrices al sector industrial, se decidió que la mayor actividad de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley respecto de los delitos empresariales era la clave de la prevención y el cumplimiento de la ley respecto del fraude comercial. El gobierno estableció equipos integrados de cumplimiento de la ley en el mercado en cuatro importantes centros financieros de ese país a fin de orientarse al fraude empresarial de alto nivel que afectaba a las empresas constituidas como sociedad anónima. Los equipos, cuya tarea consistía en anticiparse y prevenir cierto tipo de fraude antes de que provocaran quiebras, estaban formados por representantes de organismos locales e internacionales encargados del cumplimiento de la ley, comisiones de bolsas de valores y empresas privadas. En esos equipos participaban los fiscales y el poder judicial y tenían por objeto enfrentarse a la amenaza del fraude con prontitud, a fin de encargarse rápidamente del cumplimiento de la ley, y pasar a continuación a referirse al siguiente problema en potencia.

18. Hubo acuerdo en general en que era muy importante que los organismos encargados del cumplimiento de la ley desarrollaran técnicas más activas de prevención y detección del fraude, en particular con respecto a los efectos públicos de esas operaciones. Se observó además que la prontitud era muy importante en la investigación y enjuiciamiento de los fraudes, lo que probablemente significaría que los investigadores se centrarían en aspectos determinados del fraude más bien que en cada uno de sus detalles.

19. Un fraude particular que los investigadores han encontrado se refiere frecuentemente a instrumentos bancarios de primera categoría o de gran

rendimiento, por medio de los cuales los autores del fraude han podido apoderarse de grandes sumas de dinero. El fraude se caracteriza por transacciones complejas que suelen tener un componente internacional, tasas irreales de rendimiento y otras recompensas que atraen a los inversionistas, y exigen de los inversionistas un gran nivel de secreto. Se observó que organismos nacionales encargados del cumplimiento de la ley han organizado con éxito importantes investigaciones de ese tipo de fraudes, y que la coordinación con organismos encargados del cumplimiento de la ley de todo el mundo suele desempeñar un papel fundamental en la investigación de esos fraudes.

D. El fraude cibernético

20. En la sesión del Coloquio relativa al fraude cibernético se informó a los participantes de un proyecto apoyado por un gobierno nacional para estudiar la protección de infraestructura crítica dentro del país y en el plano internacional. El proyecto está encaminado a realzar la seguridad de las redes cibernéticas y de los procesos económicos que apoyan la infraestructura fundamental del país y, como consecuencia, examina la vulnerabilidad de los sistemas de computación a los autores de fraudes y a los piratas informáticos. Se explicó la intersección de la seguridad cibernética y el fraude cibernético en el sentido de que los gobiernos, las empresas y los particulares forman parte de la red y deben desempeñar por separado una función a fin de prevenir las actividades de fraude y piratería informática.

21. Se observó que los sistemas de computación eran particularmente vulnerables a los autores de fraudes como resultado del mayor acceso a Internet, que podía permitirles atacar los sistemas de computación gubernamentales, empresariales e individuales. Se sugirió que se podían evitar mejor esos ataques si se aumentaba la conciencia de los usuarios de Internet acerca de la forma en que sus transacciones podrían ser susceptibles al fraude.

22. Se observó que la seguridad cibernética era particularmente importante para las empresas que tenían la singular responsabilidad de mantener el carácter confidencial de la información personal de sus clientes. Con tal fin los expertos en tecnología habían desarrollado nuevos métodos para proteger la información, así como nuevos métodos para usar la informática forense.

23. Se informó a los participantes de una nueva técnica de seguridad que estaban desarrollando los expertos en tecnología, principalmente con fines militares y de inteligencia. Esa tecnología podía usarse para permitir que un sistema de computación empresarial persuadiera a un posible autor de fraude de que tenía éxito en atacar a la empresa, permitiendo a la vez a ésta obtener información acerca del autor del fraude y evitar la amenaza.

24. Además, se reconoció nuevamente que Internet desempeñaba una función importante en el aumento del fraude comercial por cuanto permitía a los autores de fraude aumentar su alcance y sus utilidades. En tanto tal la seguridad de Internet desempeña un papel importante en la prevención del fraude.

E. Prevención

25. En la sesión del Coloquio relativa a la prevención del fraude se presentó a los participantes un método novedoso de prevención del fraude comercial en el plano regional. Un grupo de funcionarios encargados del cumplimiento de la ley y representantes de los sectores público y privado del norte de Inglaterra han organizado un foro para luchar contra el fraude y el delito financiero en la región. Se informó a los participantes de que el Foro del Nororiente acerca del fraude (North East Fraud Forum, NEFF) vincula a los sectores público y privado con organismos gubernamentales e internacionales y se reúne en diversos momentos del año para examinar cuestiones relativas a la prevención. El NEFF organiza además una serie de cursos prácticos para educar a los sectores público y privado acerca del fraude comercial. El NEFF reconoce que el fraude es un problema internacional, pero destacó su éxito en enfrentar al fraude comercial en el plano local.

26. Desde su creación en 2003 el objetivo del NEFF ha sido dar soluciones pragmáticas a la lucha contra el fraude comercial y, por conducto de una serie de clases magistrales y cursos prácticos, impartir educación a los profesionales del sector. Entre los objetivos de largo plazo del NEFF se incluyen el estudio y la medición del fraude, su reducción en la región y la asistencia a otras regiones localmente y en todo el mundo en la adopción de su modelo con participación de los sectores público y privado. Se sugirió que en definitiva esos foros podrían unirse en un foro internacional de manera que cada región pudiera enfrentar sus propios problemas de fraude y colaborar a la vez con otras regiones para reducir los efectos mundiales del fraude.

27. La Cámara de Comercio Internacional (CCI) actualizó la estimación de los efectos que el fraude comercial tenía sobre la economía mundial. Con Austria como ejemplo se estimó que las pérdidas del fraude ascendían a entre 3 mil y 4 mil millones de euros, es decir, entre el 5% y el 10% del producto interno bruto de Austria. En todo caso, se sugirió que era probable que las estimaciones de las pérdidas fueran reducidas, por cuanto sólo se daba cuenta de entre el 3% y el 5% de los casos de fraude. Se observó además que la CCI, en particular en Austria, tenía estrechas relaciones con los sectores público y privado, que usaba para prevenir el fraude comercial. Se sugirió además que la prevención del fraude comercial se beneficiaría también con un examen más profundo de las causas sistémicas que brindaban oportunidades e incentivos al fraude.

28. Varios participantes expresaron interés en el modelo del NEFF. Se expresó preocupación por el grado en que se podía intercambiar información e inteligencia entre los sectores público y privado. Se observó que la legislación local podía ser útil a ese respecto, así como la concertación de memorandos de entendimiento entre las diversas organizaciones participantes en el NEFF.

29. Se plantearon preguntas además en esa sesión respecto de la forma en que se podría definir el fraude comercial. Si bien se observó que en el common law las teorías del fraude con arreglo a la responsabilidad extracontractual y el derecho contractual podían permitir el cumplimiento de la ley y la recuperación sin usar el sistema de derecho penal, el fraude comercial tendía a tener tanto una dimensión penal como una dimensión civil, y se sugirió que ambas eran necesarias a fin de permitir que el sector privado protegiera, defendiera o asignara sus derechos atendida la o el carácter grave de la información con respecto a la conducta

comercial normal. En el párrafo 64 *infra* se examina más detenidamente la dificultad de definir el fraude comercial.

F. Transporte

30. La sesión del Coloquio destinada al fraude en el transporte comenzó con un examen del fraude marítimo. Se observó que el transporte marítimo constituía un campo fértil para los autores de fraude como resultado de la complejidad de las transacciones y por el uso de documentos negociables. Cuatro de los requisitos comerciales esenciales de los documentos negociables eran susceptibles al fraude, en particular en un entorno jurídico incierto: la fiabilidad del cargador y el porteador; la fiabilidad del contenido del documento (en particular la descripción de la mercadería); la exclusividad del derecho del tenedor del documento, y la disponibilidad del documento cuando se necesite en el lugar de destino de la mercadería.

31. Los participantes recibieron información acerca de la forma en que un proyecto de instrumento sobre el transporte de mercaderías [en todo o en parte] [por mar] que actualmente se examina en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI (Transporte) se refiere concretamente a cada uno de esos puntos débiles (denominado en adelante el proyecto de instrumento).

32. Las disposiciones contenidas en la versión actual del proyecto de instrumento requieren que se identifique debidamente al porteador y que esté situado de manera de poder ser ubicado, a falta de lo cual se identificará al propietario de la nave como porteador, y la responsabilidad conjunta de los porteadores efectivo y contractual significará que se podrán recuperar los daños con cargo al activo del porteador efectivo. Se aclararán las obligaciones del porteador, con responsabilidad basada en la culpa y la inversión del peso de la prueba de manera que las acciones contra el porteador tengan mayores posibilidades de éxito y sean más previsibles por los compradores y los bancos. Los cargadores también se identificarán y clasificarán de manera más efectiva, y se aclararán sus obligaciones y responsabilidades, con la esperanza de que con ello se reduzcan las oportunidades de representación fraudulenta.

33. En el proyecto de instrumento se procura además una regulación detallada del contenido de la documentación que se requiere para resolver las incertidumbres actuales en la mayor medida posible. Se refiere además al carácter transferible de los derechos incorporados en un instrumento negociable y al ejercicio de esos derechos con la responsabilidad correspondiente. Otras innovaciones del proyecto de instrumento se refieren a la inclusión de disposiciones relativas al derecho de control, incluido el derecho a exigir la entrega de la mercadería antes de su llegada al lugar de destino y el derecho a reemplazar al consignatario con otra persona, ambos derechos importantes para salvaguardar los intereses de un vendedor o un banco que no ha recibido el pago, y que puede ser aplicable incluso en casos en que no se haya emitido documento alguno. Además, el consignatario tiene la obligación de recoger la mercadería si ejerce cualquier derecho en virtud del contrato de transporte, y el tenedor del conocimiento de embarque tiene derecho exclusivo a aceptar la entrega de la mercadería a su llegada al lugar de destino. Además de eso, en el proyecto de instrumento se reconoce que el tenedor inocente de un

conocimiento de embarque merece protección, de tal manera que el tenedor pierde su derecho a aceptar la entrega sólo si razonablemente debía haber sabido que la mercadería ya podría haberse entregado. No obstante, puede haber todavía derechos aparte del derecho a aceptar la entrega relacionada con el documento si es el resultado de una serie de arreglos contractuales o de otro tipo hechos antes de la entrega. Finalmente, en el proyecto de instrumento figura además una disposición relativa a los documentos electrónicos de transporte, incluidos los documentos negociables. Con esas y otras medidas se procura en el proyecto de instrumento aclarar el entorno jurídico incierto que puede permitir que florezca el fraude del transporte.

34. Además de los complejos aspectos documentarios del comercio marítimo, entre los factores que complican todavía más el fraude del transporte en general se hallan el carácter internacional de las transacciones, el hecho de que el transporte sea solamente un aspecto de un contrato de compraventa determinado, y que suele haber varios compradores y vendedores en la cadena.

35. Se informó de que sólo la industria del transporte aéreo había tenido pérdidas superiores a 300 millones de dólares detectadas en el año 2002, pero que se estima que el total del fraude en ese período ascendió a 1.500 millones de dólares. Se ha definido el fraude de línea aérea como toda acción que prive al porteador del ingreso al que tenía derecho realizada sin el conocimiento ni el consentimiento del porteador. Por lo general esas pérdidas son el resultado de irregularidades en la emisión de pasajes y otros fraudes, el fraude de cuenta de pasajero frecuente, el fraude de tarjeta de crédito y el fraude de pasaje. El sector del transporte aéreo demostró una vez más la dificultad de enfrentar esos fraudes por cuanto lo habitual es que operen a través de las fronteras internacionales, y por cuanto el uso de Internet y de métodos electrónicos de distribución han complicado el problema todavía más. El sector del transporte aéreo expresó tanto su creencia de que solamente la cooperación puede proteger a las empresas del fraude como su disposición a colaborar con otras entidades en la lucha contra el fraude.

G. Seguro

36. Durante la sesión destinada al fraude del seguro se dijo a los participantes que ese fraude podría incluir cobros falsificados o cobros inflados del seguro, o pérdidas auténticas en que se explotara la falta de pruebas. Entre los fraudes de seguro más complejos podían incluirse el blanqueo de dinero por medio de mercados legítimos de seguros al canalizar primas de seguro a la empresa de reaseguro del autor del fraude por conducto de una cadena de empresas legítimas de seguros y reaseguros. Un factor que complica el fraude de seguro es que, como consecuencia de las definiciones que se usan normalmente en las pólizas de seguro, las empresas de seguros deben demostrar el fraude más allá de una duda razonable, sin tener las facultades de que disponen los órganos encargados del cumplimiento de la ley. Además, la interrelación entre lo civil y lo penal del fraude predomina particularmente en el fraude de seguro, y, como se indicó en el párrafo 12 *supra*, la participación en la información y la cooperación entre ambas puede ser limitada, y suele haber prioridades que compiten entre la sanción penal y la restitución financiera. Otros asuntos que complican el fraude de seguro son las cuestiones

relativas a la protección de datos y los derechos humanos, así como la necesidad de mantener buenas relaciones con los clientes y evitar a la vez ser víctimas de fraude.

37. Otro aspecto que se planteó fue el de la forma en que las empresas se aseguran contra las pérdidas debidas al fraude y a los delitos económicos. Se observó que esta cuestión es una función de las decisiones de gestión de riesgo que adopta cada empresa, y dependen del posible costo económico del fraude comercial; incluso se puede haber tomado la decisión de no asegurar ese riesgo en absoluto.

38. Cuando una empresa de seguros resulta víctima de un fraude, suele encontrar dificultades para demostrar el fraude ante los tribunales para recuperar su pérdida. También en este caso se observó que las empresas tienen dificultades para informar a los jurados en lo que respecta al funcionamiento de una póliza normal de seguro, así como con los aspectos de una transacción determinada que pueden haber sido fraudulentos.

39. Se sugirió que el fraude de seguro puede implicar otras esferas del cumplimiento de la ley o de la regulación, que pueden ser útiles para investigar el fraude. Por ejemplo, la reventa de pólizas de seguro de vida para las personas con enfermedades terminales, que implica mediadores o inversionistas, puede dar como resultado la participación de reguladores e investigadores de bolsas de valores. Se citó esto como otro ejemplo en que la cooperación entre los sectores público y privado puede hacer que se adopten medidas más rápidas y eficaces contra los autores de los fraudes.

H. Recuperación

40. Los participantes en el Coloquio examinaron también la importante cuestión de la recuperación de activos una vez detectado el fraude. Se sugirieron diversas prácticas que ayudarían a las empresas a recuperar sus activos prontamente antes de que se hubieran disipado totalmente y perdido. Entre esas prácticas se incluían: adoptar medidas con prontitud, correr riesgos en la investigación, trabajar con expertos de probada capacidad, usar tecnología, cultivar y usar redes de profesionales y usar los aspectos civil y penal simultáneamente.

41. Se sugirió además que las empresas consideraran medios tanto tradicionales como no tradicionales de recuperación. Por ejemplo, se sugirió que una selección meticulosa de las medidas que se han de adoptar puede ayudar a las empresas a recuperar sus activos más eficientemente, y un tipo determinado de medida podría ser más exitoso para recuperar activos en un país determinado. Por cuanto se pueden haber establecido procedimientos determinados, se sugirió que mantener relaciones con abogados en múltiples jurisdicciones podría ayudar en la recuperación. Además, la dependencia de la actividad particular para detectar el fraude y hacer cumplir la ley podría ser necesaria, especialmente en jurisdicciones en que la cooperación con el poder judicial fuera inapropiada o ineficiente. Puede obtenerse mayor capacidad de ejercer presión para obtener información y recuperar activos mediante demandas contra empresas de seguros e individuos o entidades que hubieran orquestado la estructura establecida para difundir los activos. Una vez más, se observó la importancia de la informática forense en la búsqueda de activos y el descubrimiento de fraudes.

42. Se observó que, dado que con frecuencia se han transferido los activos a otras jurisdicciones, un problema importante de su recuperación ha radicado en la falta de reciprocidad entre diferentes jurisdicciones. Si bien los tratados de asistencia jurídica recíproca han sido útiles en algunas circunstancias, debe alentarse una cooperación jurídica más generalizada para ayudar a las empresas a recuperar activos más eficientemente, y se citó a este respecto la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Insolvencia Transfronteriza, por cuanto incluye disposiciones relativas a la cooperación judicial. Se volvió a observar que un mayor grado de cooperación entre los sectores público y privado sería sumamente útil en la recuperación de activos. Otro factor que complicaba la recuperación de activos era la cuestión del secreto bancario como excusa para la falta de cooperación. Se sugirió también que debía ponerse fin a la tolerancia de la corrupción de poca importancia y de la corrupción judicial a fin de poner fin al fraude. Se observó también que en las convenciones de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y contra la corrupción (véase el párrafo 7 *supra*) se incluían disposiciones relativas a la recuperación de activos.

I. Blanqueo de dinero

43. En la sesión relativa al blanqueo de dinero se observó que, inicialmente, las normas relativas al blanqueo de dinero en el plano internacional habían estado encaminadas a recuperar las utilidades del tráfico ilícito de drogas. No obstante, las organizaciones internacionales habían reconocido recientemente que el blanqueo de dinero era un problema por sí mismo que debía separarse de otras medidas legislativas.

44. El conjunto principal de normas a las que han de ceñirse los países en cuanto a blanqueo de dinero se halla en las cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre el blanqueo de capitales, que establece un marco amplio para luchar contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. Las Recomendaciones contienen un conjunto de normas y procedimientos que los países miembros han de seguir al establecer sus propias normas para luchar contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo y para poner en práctica esas medidas. Las recomendaciones amplían la definición de los actos ilícitos, cuyo producto debe ser objeto de los estatutos contra el blanqueo de dinero. Además, establecen un marco para la cooperación internacional y la asistencia recíproca.

45. Además, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional ha definido recientemente el blanqueo de dinero de manera de incluir muy diversos actos ilícitos con el objeto de considerar todos los delitos graves en lugar de sólo hacerlo respecto de los delitos relacionados con el tráfico de drogas. Además hace extensivas sus disposiciones de manera de abarcar el blanqueo tanto de bienes como de dinero efectivo.

46. Se destacó que era importante que los bancos vigilaran las cuentas de sus clientes y conocieran a sus clientes. Habitualmente los controles internos de un banco podrían vigilar transacciones determinadas, pero recientemente la tecnología ha mejorado de manera que se pueden vigilar las transacciones sospechosas en general. La empresa debe vigilar además sus cuentas y transacciones a fin de

detectar las que sean sospechosas o susceptibles al fraude. Además, por cuanto la debida diligencia puede ser una excepción respecto de ciertas acciones, es importante que el banco o la empresa pueda demostrar que ha seguido los procedimientos correspondientes y ha establecido los mecanismos apropiados para protegerse.

47. Se observó la intersección del terrorismo, el blanqueo de dinero y el fraude. Además se dijo a los participantes que el Fondo Monetario Internacional recientemente había incorporado al blanqueo de dinero en su programa permanente de trabajo, y que había preparado una metodología para determinar si un país había adoptado procedimientos suficientes para proteger contra el blanqueo de dinero.

J. Insolvencia

48. Durante la sesión destinada a debatir la insolvencia se observó que la inserción del fraude en un caso de insolvencia complicaba mucho más las cosas, y que había dos esferas principales en que el fraude y la insolvencia se superponían. La primera esfera era aquella en que el fraude daba como resultado la insolvencia y la segunda era el caso en que los instrumentos jurídicos con que se contaba en la insolvencia podían servir de ayuda para ocuparse del fraude comercial y para ubicar los fondos, por ejemplo, la facultad de ejecución, la capacidad del liquidador para dejar de lado ciertas transacciones, y otras semejantes. Sin embargo, se observó que el propósito de la insolvencia era permitir que los acreedores tomaran decisiones informadas respecto de la forma en que debían proceder y que, en general, no sería práctico crear normas concretas de insolvencia para ocuparse del fraude.

49. Se sugirió que en algunas jurisdicciones el marco jurídico para ocuparse del fraude en la insolvencia existía, pero que se necesitaba mejorar su aplicación, el control del uso indebido de los instrumentos jurídicos, y contar con profesionales especializados y vigilantes en materia de insolvencia, incluidos los jueces. También en este caso los participantes destacaron la importancia de un acuerdo y coordinación internacionales, y de la cooperación entre los sectores público y privado en la lucha contra el fraude relacionado con la insolvencia. Se observó que en esta esfera constituía un instrumento valioso y práctico la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza[5], que a la vez promueve y contiene disposiciones concretas relativas al reconocimiento, la asistencia y la cooperación entre jurisdicciones en los casos en que una entidad insolvente cuente con activos y pasivos en más de un Estado. Se observó además que aumentaría en gran medida la eficacia de la Ley Modelo con su adopción generalizada.

K. Enjuiciamiento

50. En la sesión dedicada al enjuiciamiento del fraude se observó nuevamente que uno de los problemas importantes que enfrentaban los investigadores y fiscales era el hecho de que con frecuencia resultaba difícil probar el fraude tanto como resultado del acceso limitado a la prueba como debido a lo sofisticado de los planes

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

a que se refería. Además, la cooperación con gobiernos e instituciones extranjeras solía dar el nivel de acceso que un fiscal necesitaba para obtener pruebas e información relativas a la transacción, pero con frecuencia era difícil establecer ese tipo de cooperación.

51. En lo que respecta a los fraudes relacionados con las inversiones de gran rendimiento, se observó que varios factores eran característicos de esas transacciones y que podían ser determinados por el testimonio de expertos o mediante la comparación del fraude con las transacciones legítimas. Por ejemplo, algunas oraciones como "fondos limpios y claros de origen no criminal" o "inversión de gran rendimiento" o "documentos de mediano plazo" o "los diez mejores bancos mundiales" aparecen en muchas transacciones fraudulentas. Los planes con frecuencia utilizarán además la reputación de organizaciones internacionales o instrumentos legítimos de comercio, o edificios impresionantes o direcciones extranjeras para establecer cierto grado de credibilidad a fin de persuadir a la víctima del carácter auténtico del plan.

52. Se observó que algunas organizaciones habían adoptado sitios en la web en su intento por educar a los particulares con respecto al carácter fraudulento de esos planes o del uso inapropiado del nombre de la organización o de productos legítimos. Entre ellos se incluían el Banco Mundial, la Cámara de Comercio Internacional y la Dirección de la Deuda Pública, del Departamento de Hacienda de los Estados Unidos.

53. Finalmente, pese a la falta de disposición de las víctimas a reconocer que habían sido víctimas, investigadores y fiscales señalaban que habían logrado persuadir a las víctimas que reconocieran su penuria haciendo que personal encargado del cumplimiento de la ley local notificara a la víctima de un documento en que se afirmara que había participado en un plan fraudulento, y que toda nueva actividad de ese tipo daría como resultado una acusación formulada contra la víctima.

L. Adquisiciones

54. Durante la sesión destinada al fraude en las adquisiciones se sugirió que este solía ser por lo general de dos tipos: fraude interno, en que la empresa adquirente era víctima de un defraudador, y el fraude externo, en que una empresa era cómplice en el fraude y se permitía participar en el plan. Se observó que si bien en general hay buena cooperación de parte del público y el sector privado en la prevención y el descubrimiento del fraude interno, había escasa asistencia o incentivo en la prevención y la investigación del fraude externo. Además, se sugirió que muchas empresas multinacionales prestaban asistencia efectiva en la exportación del fraude participando en soborno, corrupción y manipulación de los precios. Se ha estimado que el 20% de los fraudes de adquisición es conocido por el público, el 20% es conocido por unos pocos individuos, y nadie conoce el 40% del fraude.

55. En algunas de las formas típicas de fraude que implican la adquisición se incluyen: servicios no prestados, desconocimiento de términos de contrato, participación de empresas que sirven de palo blanco para robar dinero, mercaderías inexistentes y con sobreprecio, incumplimiento de las condiciones de contrato, y robo flagrante. Se examinaron diversas estrategias para prevenir y determinar el

fraude y los defraudadores, incluida la importancia de la segregación de diversas funciones en una empresa para separar a los individuos. Otro aspecto del fraude de las adquisiciones que se examinó fue el del argumento de la "pendiente resbalosa", en que lo que comienza como unos pocos favores para los clientes desciende gradualmente a la corrupción y el soborno.

56. Se observó además que la parte central del trabajo bastante extenso de la CNUDMI en la esfera de la adquisición había consistido en velar por la transparencia e imparcialidad del proceso de adquisición, con lo que al menos implícitamente se intentaba reducir o eliminar el fraude. Además, se sugirió que debía tomarse en cuenta la cuestión del fraude en relación con la privatización de bienes públicos.

M. El papel de los profesionales

57. Durante el examen del papel de los profesionales con respecto al fraude comercial se informó a los participantes en el Coloquio de un caso en que un órgano profesional autorregulador había adoptado medidas propias para luchar contra el fraude y la deshonestidad en la profesión. La Asociación de Abogados de Inglaterra y Gales (*Law Society of England and Wales*) creó una dependencia de inteligencia relacionada con el fraude para establecer vínculos con instituciones financieras y organismos encargados del cumplimiento de la ley a fin de generar y acopiar información y establecer una dependencia de investigación forense y desarrollar conocimientos especializados para usar las facultades estatutarias de manera activa. Se ha creado una red de grupos del sector público y privado para dar información, establecer enlace y prestarse asistencia recíproca. Las esferas concretas que interesan a la Asociación de Abogados son el fraude hipotecario, el fraude de honorarios anticipados, el fraude de asistencia judicial, el fraude de la inversión de gran rendimiento y las actividades de blanqueo de dinero.

58. Un aspecto que debatieron los participantes fue la participación de profesionales, como abogados y contadores, en fraudes comerciales, lo que contribuía considerablemente a su alcance y éxito, y que en muchos lugares los mecanismos de regulación y disciplina no se habían adaptado para ocuparse de los profesionales que habían participado en fraudes comerciales sistemáticos. Se observó también que la participación de profesionales en los fraudes era particularmente problemática, por cuanto servía para legitimar el fraude y con ello perpetuarlo. Se sugirió que podía estimularse la formulación de directrices modelo para ayudar a los órganos profesionales autorregulados en esas situaciones.

N. Valores

59. Durante la sesión dedicada al fraude de valores se sugirió que, si bien la creencia general era que la información privilegiada era el mayor problema en lo que se refería a los valores, uno de los problemas más graves y perjudiciales en la esfera de los valores era efectivamente la presentación de informes financieros fraudulentos. Se estimó que solamente en los Estados Unidos de América, entre 1997 y 2002, la Comisión de Bolsa y Valores había iniciado más de 200 juicios contra más de 150 entidades y más de 700 individuos, que dieron como

resultado más de 500 medidas disciplinarias por infracciones relativas a la presentación de informes y datos financieros. Los participantes se enteraron de que las esferas de presentación de informes financieros más susceptibles al fraude eran el reconocimiento inapropiado de ingresos, el reconocimiento inapropiado de gastos, y la contabilidad inapropiada en relación con combinaciones de empresas, en tanto que existen multitud de otras infracciones de menor entidad.

60. Los consejos directivos suelen participar en ese tipo de actividad por incumplimiento de sus deberes fiduciarios, contabilidad de alto riesgo, conflictos de intereses inapropiados, actividad extensa sin revelar que no figure en los libros, compensación excesiva y falta de independencia. Además, las categorías principales de infracciones de auditoría son el fraude puro y simple, el incumplimiento de la obligación de revelar información y la conducta profesional indebida. Una vez más se observó que la participación de profesionales, como los contadores, da credibilidad al fraude y le permite seguir existiendo, en tanto que la autorregulación de las profesiones puede no resultar eficaz. Los enjuiciamientos en esos casos suelen consistir en procedimientos administrativos basados en las normas del regulador de los valores, y suelen implicar juicios civiles y penales.

61. Se informó además al Coloquio de que gran número de juicios de fraude habían sido iniciados por reguladores de valores, y que, aunque existe cierto grado de cooperación internacional entre esos organismos reguladores, se requiere un mayor nivel de cooperación de ese tipo. No obstante, se sugirió que compartir en mayor medida información, por ejemplo, en lo que respecta a bases de datos desarrolladas, sería muy útil en el enjuiciamiento y la prevención del fraude comercial.

III. Conclusiones y sugerencias relativas a la labor futura

62. Hubo consenso general en que la Comisión había hecho bien en convocar un Coloquio sobre el fraude comercial internacional y en que había contribuido a dar un importante primer paso en el reconocimiento de la existencia del problema. Se convino en que el Coloquio había dispersado todas las dudas que podían quedar en cuanto a la existencia generalizada del fraude comercial y su efecto significativo sobre todos los países, regiones, economías y sectores de actividad económica, sin consideración de la etapa de desarrollo económico ni el sistema de gobierno. Cada una de las esferas sustantivas que se trataron en el Coloquio había sido afectada gravemente por el fraude comercial.

63. Se convino además en que la educación y la capacitación desempeñaban un papel significativo en la prevención del fraude y podrían ayudar a enfrentar los problemas derivados de la información insuficiente. No sólo se centraban los recursos del sistema de justicia penal en otras prioridades del cumplimiento de la ley, sino que tampoco estaban adaptados para emprender intentos de educación sin la cooperación activa del sector privado. Se convino además en que la prevención, tal vez el instrumento más poderoso contra el fraude comercial, correspondía principalmente al ámbito del derecho comercial y de la autorregulación de la comunidad comercial, y que se manifestaba con normas como las relativas a la gestión empresarial, las normas de conducta profesional y las auditorías. Se sugirió que sería especialmente útil determinar la existencia de señales e indicaciones

comunes de advertencia acerca del fraude comercial. Mas aún, el fraude comercial planteaba cuestiones relativas a la asignación de riesgos y pérdidas además de la recuperación del producto del fraude, asuntos que correspondían a la esfera del derecho mercantil. En muchos casos, esos asuntos implicaban cuestiones transfronterizas. Se convino además en que los efectos del fraude comercial podrían ser desproporcionadamente negativos para los países en desarrollo y minar los efectos positivos de los esfuerzos internacionales por mejorar su situación económica. Los participantes esperaban que la Comisión siguiera abordando el problema del fraude comercial de manera compatible con su mandato y sus recursos.

64. Aunque en la labor preparatoria del Coloquio se hicieron algunos progresos respecto de la elaboración de una descripción del fraude comercial (véase A/CN.9/540, párrafos 12 a 26), se consideró en general que sería necesario hacer mayor trabajo para formular una definición, caracterización o descripción precisa. Por ejemplo, si bien el blanqueo de dinero, en sí, probablemente no correspondería a la definición de fraude comercial y la corrupción podría o no hacerlo, según la definición de "corrupción" que se adoptara, se consideró que ambos temas tenían bastante interés en toda labor relativa al fraude comercial. Además el blanqueo de dinero solía seguir al fraude comercial exitoso y podría incluso ser un instrumento para ayudar a cometerlo. La corrupción podría facilitar el fraude comercial, ya sea que se considerara una forma de fraude comercial o no.

65. Se sugirió que debería considerarse seriamente la posibilidad de formular medios para reunir y dar publicidad a estadísticas e información acerca del fraude comercial. Si bien se reconoció que se planteaban dudas en algunos casos en cuanto al carácter privado de la información individual, se convino además en que había estimaciones y otras cifras disponibles públicamente en diversas formas, como las cifras de las asociaciones comerciales, que por lo general sólo conocía un grupo relativamente pequeño del sector industrial. Se sugirió que la recopilación de esas cifras agregaría considerablemente a la comprensión del carácter y la extensión del fraude comercial y a la preparación de un análisis de los costos y beneficios relativos de la prevención del fraude y de las correspondientes actividades de cumplimiento de la ley. Además, se sugirió que la información pública acerca de tipos de fraude, pautas típicas y vínculos con otras fuentes de información revestiría considerable valor en la lucha contra el fraude comercial.

66. Los participantes destacaron que la educación y la capacitación tenían particular importancia y valor en la prevención del fraude. Se convino además en que la cooperación en el plano local entre la policía y el sector privado, como se demostró en el modelo de la NEFF, parecía tener particular eficacia y debía alentarse en otras regiones (véanse además los párrafos 25 a 28 *supra*).

67. Hubo acuerdo general en que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción constituían logros importantes en el desarrollo del derecho internacional relacionado con una mayor conciencia y prevención del fraude comercial en las actividades conexas, así como la cooperación internacional a ese respecto y la recuperación de bienes. La Comisión tal vez desee hacer suyas esas dos importantes convenciones y estimular a los Estados a que las firmen y ratifiquen.

68. Además, atendida la presentación hecha por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (véase *supra*, párr. 7), y atendida la escasez de datos fidedignos acerca del fraude comercial, la Comisión tal vez desee sugerir a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal que considere la posibilidad de hacer un estudio acerca del fraude comercial por conducto de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en consulta con la CNUDMI, como preparación del 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal. El objetivo de un estudio de ese tipo sería estudiar y aumentar los conocimientos desde el punto de vista del derecho penal y de la justicia penal acerca del fraude comercial, sus consecuencias en cuanto a los aspectos del fraude relacionados con el derecho comercial y viceversa, y hacer frente a la cooperación internacional requerida para ocuparse de este problema.

69. Dada la evolución tecnológica y la experiencia en la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras[6], se ha propuesto que se incluya en el programa de trabajo de la Comisión el derecho relativo a las adquisiciones, incluido un examen hecho por el Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) de ciertas disposiciones de la Ley Modelo y su Guía para la Promulgación (A/CN.9/403). Se sugiere que, como parte de su labor durante el próximo período de sesiones, el Grupo de Trabajo podría considerar concretamente la cuestión del fraude comercial en cuanto a las cuestiones relativas a la integridad de la gestión y la posibilidad de evitar la corrupción. En particular, se propone que el Grupo de Trabajo podría beneficiarse con una presentación relativa a esos temas hechos por institutos internacionales de crédito (como el Banco Mundial) y la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, con las que la CNUDMI ha colaborado con éxito en el pasado.

70. De manera semejante, el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) podría beneficiarse con una presentación semejante a la que se hizo durante el Coloquio en que se reseñara la potencialidad del fraude comercial en la esfera del comercio marítimo y los conocimientos de embarque. El debate podría revestir particular interés para el Grupo de Trabajo dados los esfuerzos realizados respecto del proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías (A/CN.9/WG.III/WP.32) para cerrar distintas posibilidades que podrían resultar campo fértil para la comisión del delito de fraude comercial.

---

[6] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, 49º período de sesiones, Suplemento Núm. 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I.

71. Se sugirió además que el riesgo de fraude comercial en el comercio electrónico era un tema que la Comisión tal vez deseara tratar en su debido momento. Por ejemplo, un análisis de la legislación vigente y de otros textos de comercio electrónico (como los contratos modelo y los protocolos modelo) podría hacerse de manera de considerar si tenían fuerza suficiente para ayudar a prevenir el fraude. Tal vez sea posible además considerar un régimen regulatorio que pudiera regir la conducta en situaciones en que, por ejemplo, un defraudador hiciera uso indebido de un sitio en la web para defraudar a sus víctimas, y los organismos encargados del cumplimiento de la ley pudieran recurrir a alguien que prestara servicios de Internet a fin de que cerrara ese sitio en la web. La experiencia de esos organismos en situaciones análogas de fraude, en que se ha tratado la interacción entre el cumplimiento de la ley penal y el de los derechos, obligaciones y responsabilidades contractuales comerciales, podría ser instructiva también a ese respecto.

XI. OTRAS CUESTIONES

La cooperación entre las Naciones Unidas y los agentes no estatales, en particular el sector privado: evolución reciente en las Naciones Unidas y posibles consecuencias para la labor de la Comisión Nota de la Secretaría

(A/CN.9/564) [Original: inglés]

1. La presente nota tiene por objetivo señalar a la atención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el informe que el Secretario General presentó a la Asamblea General en su 58º período de sesiones (2003), titulado "Cooperación entre las Naciones Unidas y todos los colaboradores pertinentes, en particular el sector privado" (A/58/227)[1] y las medidas adoptadas por la Asamblea General respecto de ese informe.

2. En su informe (A/58/227) el Secretario General examinó la evolución reciente en relación con la cooperación entre las Naciones Unidas y los agentes no estatales[2]; llegó a la conclusión de que la cooperación, en forma innovadora y diversa, ha pasado a ser parte de muchas organizaciones de las Naciones Unidas, que tienen la posibilidad de complementar los intentos de la Organización por alcanzar sus objetivos, a la vez que pueden contribuir a su renovación con la introducción de nuevos métodos de trabajo[3]; formuló propuestas acerca de la mejor manera de aprovechar los posibles beneficios de la colaboración, y destacó la necesidad de que los gobiernos y las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas siguieran estimulando y apoyando criterios e iniciativas promisorios[4]. El Secretario General se propone establecer una nueva Oficina de Cooperación que velaría por un criterio

---

[1] El informe se presentó en relación con el tema titulado "Hacia formas mundiales de colaboración", que ha estado en el programa de la Asamblea General desde su 55º período de sesiones, en 2000. Para las resoluciones aprobadas en relación con ese tema del programa véanse A/RES/55/215, A/RES/56/76 y A/RES/58/129.

[2] El ímpetu de la colaboración en desarrollo entre las Naciones Unidas y los agentes no estatales se halla en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas (resolución 55/2 de la Asamblea General), en que los Jefes de Estado y de Gobierno, con miras a aumentar la eficacia de las Naciones Unidas, decidieron dar mayor oportunidad al sector privado, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil, en general, para que contribuyeran a la realización de las metas y los programas de las Naciones Unidas (Ibíd., párr. 30).

[3] Véanse los anteriores informes del Secretario General en que se examinaba la colaboración en el contexto de la reforma y renovación de la Organización: el informe del Secretario General titulado "Renovación de las Naciones Unidas: Un Programa de Reforma" (A/51/950), el informe del Secretario General titulado "Nosotros los pueblos del mundo: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI" (A/54/2000), sección VI.B; el informe del Secretario General titulado "Cooperación entre las Naciones Unidas y todos los colaboradores pertinentes, en particular el sector privado" (A/56/323); el informe del Secretario General titulado "Fortalecimiento de las Naciones Unidas: un programa para los futuros cambios" (A/57/387), sección IV.C; y la memoria anual del Secretario General a la Asamblea General sobre la labor de la Organización (A/56/1(Supp), A/57/1(Supp) y A/58/1(Supp)).

[4] A/58/227, resumen.

más coherente y sistemático de todo el sistema de las Naciones Unidas para desarrollar la cooperación entre las Naciones Unidas y los agentes no estatales.

3. En su resolución 58/129, aprobada tras el examen del informe del Secretario General (A/58/227), la Asamblea General alentó a los órganos y organismos competentes de las Naciones Unidas, e invitó a las instituciones de Bretton Woods, así como a la Organización Mundial del Comercio, a que siguieran estudiando la posible forma de utilizar la cooperación a fin de cumplir mejor sus objetivos y programas. Además dio orientación normativa acerca de la formulación de principios y criterios para regir esa cooperación[5]. En particular, debe basarse en los propósitos y principios de las Naciones Unidas tal como se enuncian en la Carta de las Naciones Unidas, y en un criterio común y sistemático respecto de la cooperación, que debe incluir los principios siguientes: i) un propósito común; ii) transparencia; iii) ausencia de favoritismos respecto de ninguno de los asociados de las Naciones Unidas; iv) beneficio y respeto mutuos; v) rendición de cuentas; vi) respeto del modo de actuar de las Naciones Unidas; vii) búsqueda de una representación equilibrada de colaboradores pertinentes tanto de los países desarrollados como de los países en desarrollo y los países de economía en transición; viii) equilibrio sectorial y geográfico; y ix) mantenimiento de la independencia y neutral ideal del sistema de las Naciones Unidas en general y de cada organismo particular; la Asamblea General destaca además que las formas de cooperación deben ser compatibles con la legislación, las estrategias y los planes de desarrollo nacionales, así como con las prioridades de los países donde tiene lugar la ejecución, y debe planificarse y ejecutarse de manera transparente y que permita la rendición de cuentas. La Asamblea exhorta a todos los organismos del sistema de las Naciones Unidas a que establezcan formas de colaboración que aseguren la integridad e independencia de la Organización y a que incluyan información sobre esas formas de colaboración en sus informes periódicos, según proceda, en sus sitios en la web y en otros medios.

4. La Comisión tienen una larga historia de relaciones con agentes no estatales. En general se han establecido relaciones con el propósito de hacer participar a agentes no estatales en la formulación de sus textos, en particular invitando a organizaciones no gubernamentales internacionales a los períodos de sesiones de la Comisión y de sus grupos intergubernamentales de trabajo, así como promoviendo textos aprobados por la Comisión y ofreciendo asistencia técnica respecto de los textos de la CNUDMI. Se ha señalado con frecuencia en ese proceso que la participación de las organizaciones no gubernamentales internacionales en las deliberaciones de la Comisión y sus grupos de trabajo ha sido fundamental para la calidad y aceptación de los textos elaborados por la Comisión.

---

[5] La formulación de instrumentos y directrices genéricos relativos a la cooperación ha sido determinada por el Secretario General como una de las tareas futuras. Hasta ahora la cooperación en general se ha regulado por directrices internas de entidades de las Naciones Unidas basadas en las directrices especiales de cooperación entre las Naciones Unidas y la comunidad empresarial adoptadas por el Secretario General en julio de 2000 (documento A/56/323, anexo III). Se encuentra en marcha un proceso de examen de la experiencia práctica adquirida desde que se establecieron las directrices a fin de actualizarlas y en definitiva de mejorar la dinámica de la cooperación, velando a la vez por la seguridad e independencia de la Organización. El proceso de examen está a cargo de un grupo de personas destacadas convocado por el Secretario General en febrero de 2003. Se ha confiado al grupo el examen de la práctica anterior actual y la preparación de un conjunto de recomendaciones prácticas acerca de la forma de dar mayor significado a la interacción entre la sociedad civil y las Naciones Unidas.

5. La Oficina de Servicios de Supervisión Interna (OSSI) destacó la necesidad de una participación más activa de los agentes no estatales en el cumplimiento de diferentes aspectos del mandato de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su informe sobre una evaluación a fondo de los asuntos jurídicos[6]. La OSSI recomendó que, a fin de aumentar la coordinación con organizaciones de derecho mercantil y de asegurar la adopción de medidas concertadas respecto de cuestiones comunes, la Secretaría de la Comisión debía reunirse anualmente con las principales organizaciones que se ocupaban de los asuntos relacionados con el derecho mercantil a fin de compartir información y planes de trabajo[7]. Recomendó además que la Secretaría de la Comisión formulara una estrategia para colaborar con los organismos de financiación que apoyaban programas de fomento del comercio para aumentar y variar las actividades de asistencia técnica en el ámbito de la reforma del derecho mercantil a fin de promover la apreciación y el uso de los textos de la CNUDMI, así como formular una estrategia para aumentar las contribuciones a los fondos fiduciarios de la CNUDMI y estudiar nuevas formas de recaudar fondos del sector privado[8].

6. Como se mencionó en la nota de la Secretaría sobre capacitación y asistencia técnica que se presentó a la Comisión en su 37º período de sesiones (A/CN.9/560), se han reforzado recientemente los recursos de la CNUDMI para permitir que la Secretaría realice funciones con respecto a la asistencia legislativa técnica, la difusión de información sobre la evolución jurídica en la esfera del derecho mercantil internacional y coordine la labor de las organizaciones internacionales activas en la esfera del comercio internacional en forma efectiva y oportuna[9]. La cooperación con agentes no estatales, incluido el sector privado, puede ser pertinente al cumplimiento de esas funciones, en particular para la formulación de actividades patrocinadas conjuntamente y como fuente de financiación y conocimientos técnicos. Además, con su poder de convocatoria, su neutralidad, su integridad, sus conocimientos especializados y su capacidad para motivar a los agentes estatales y no estatales, la Comisión puede desempeñar un papel activo en tanto proporciona el marco y facilita la promoción de las colaboraciones existentes, facilita la formulación de nuevas formas de colaboración, especialmente entre agentes no estatales de países desarrollados y en desarrollo, y coordina el examen de la cooperación a fin de promover la unificación y modernización del derecho mercantil internacional. Otras formas de colaboración del sistema de las Naciones Unidas, en particular las que se practican con redes y la presencia en diferentes partes del mundo, pueden ser pertinentes también a la labor de la Comisión. Entre ellas surge el Pacto mundial como un marco general de valor para la cooperación en desarrollo entre las Naciones Unidas y la comunidad empresarial. Lanzado en julio de 2000 y con la participación de cinco organismos centrales de las Naciones Unidas (la Organización Internacional del Trabajo, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial, con la asociación de otros organismos de las Naciones Unidas), empresas privadas de alcance mundial, organizaciones sindicales internacionales, organizaciones no gubernamentales e

[6] E/AC.51/2002/5.
[7] Ibíd., recomendación 13.
[8] Ibíd., recomendación 14.
[9] A/CN.9/560, párrafo 4.

instituciones académicas, el Pacto mundial procura adelantar la buena ciudadanía empresarial mediante la integración en las actividades empresariales de nueve principios convenidos universalmente en las esferas de los derechos humanos, las normas laborales y el medio ambiente con diversas actividades y mecanismos de participación. Los principios se seleccionaron, en primer lugar, por haber sido formulados mediante acuerdos intergubernamentales e internacionales y, en segundo lugar, por su pertinencia operacional y estratégica para el sector privado. Con arreglo a los principios escogidos en la esfera de los derechos humanos, las empresas deben: i) apoyar y respetar la protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente (*Principio 1*), y ii) asegurarse de no ser cómplice de violaciones de los derechos humanos (*Principio 2*). En los principios seleccionados en la esfera de las normas laborales, las empresas deben apoyar i) la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva (*Principio 3*); ii) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio (*Principio 4*); iii) la abolición efectiva del trabajo infantil (*Principio 5*), y iv) la eliminación de la discriminación respecto del empleo y la ocupación (*Principio 6*). Los últimos tres principios se refieren a la esfera del medio ambiente y disponen que las empresas deben apoyar i) un criterio de precaución respecto de los problemas ambientales (*Principio 7*); ii) la adopción de iniciativas para promover una mayor responsabilidad ambiental (*Principio 8*), y iii) el fomento del desarrollo y la difusión de tecnologías ecológicamente racionales (*Principio 9*)[10].

7. La Comisión tal vez desee examinar sus métodos de trabajo y los de su Secretaría en el contexto de la participación de los agentes no estatales como observadores en los períodos de sesiones de la Comisión y en los de sus grupos de trabajo; a ese respecto la Comisión tal vez desee reconocer que se ha considerado en general que esa participación es útil y que ha contribuido a la calidad y aceptación de los textos en los que ha trabajado la Comisión. Además, la Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de cooperar con agentes no estatales en el aumento de las actividades de asistencia técnica legislativa de la Comisión. La Comisión tal vez desee señalar a la atención de los Estados Miembros y observadores iniciativas de todo el sistema de las Naciones Unidas que procuran prestar asistencia a las empresas privadas a fin de que alcancen un régimen de gestión empresarial socialmente responsable. La Comisión tal vez desee recomendar que los Estados Miembros y observadores den a conocer esas iniciativas a las empresas privadas de sus propios países, y alentar el debate acerca de la responsabilidad empresarial mundial en los planos nacional e internacional.

[10] A/56/323, Apéndice I.

Tercera parte

ANEXOS

I. GUÍA LEGISLATIVA DE LA CNUDMI SOBRE EL RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA

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

II. NOTA EXPLICATIVA DE LA SECRETARÍA DE LA CNUDMI SOBRE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL*

(A/CN.9/557) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
I.	Introducción	1-6
II.	Ámbito de aplicación	7-20
	A. Cesión/cedente-cesionario-deudor/crédito por cobrar	7-9
	B. Prácticas objeto de su régimen	10
	C. Exclusiones y otras limitaciones	11-13
	D. Definición del "carácter internacional"	14-15
	E. Factores de conexión para la aplicación de la Convención	16-18
	F. Definición del concepto de "ubicación"	19-20
III.	Disposiciones generales	21-23
	A. Definiciones y reglas de interpretación	21
	B. Autonomía de las partes	22
	C. Interpretación	23
IV.	Efectos de la cesión	24-29
	A. Validez formal y material	24-25
	B. Limitaciones legales	26
	C. Limitaciones contractuales	27-28
	D. Transferencia de los derechos que garantizan el pago de los créditos cedidos	29
V.	Derechos, obligaciones y excepciones	30-53
	A. El cedente y el cesionario	30-34
	1. Autonomía contractual y prácticas comerciales de las partes	30

* La presente nota ha sido preparada por la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con una finalidad puramente informativa; no se trata de un comentario oficial sobre la Convención.

2. Garantías dadas por el cedente 31

3. Notificación e instrucciones de pago 32-33

4. Derechos sobre el producto 34

B. Deudor 35-46

1. Protección del deudor 35-36

2. Pago liberatorio del deudor 37-42

3. Excepciones y derechos de compensación del deudor 43

4. Renuncia a las excepciones 44

5. Modificación del contrato originario 45

6. Reintegro de la suma pagada por el deudor 46

C. Terceros al contrato de cesión 47-53

1. Ley aplicable a las cuestiones de prelación de los créditos 47-49

2. Derecho imperativo y excepciones de orden público 50

3. Régimen de prelación aplicable al producto 51

4. Régimen sustantivo en materia de prelación 52

5. Acuerdos de renuncia a la prelación 53

VI. Normas autónomas sobre conflictos de leyes 54-59

A. Alcance y finalidad 54-55

B. Ley aplicable a la forma de un contrato de cesión 56

C. Ley aplicable a los derechos y obligaciones recíprocos del cedente y del cesionario 57

D. Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor 58

E. Ley aplicable a la prelación 59

VII. Cláusulas finales 60

———————————

I. Introducción

1. Por su resolución 56/81, de 12 de diciembre de 2001[1], la Asamblea General aprobó y abrió a la firma la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional. Dicha Convención fue preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional[2].

---

[1] En sus períodos de sesiones 26° a 28° (1993-1995), la Comisión examinó tres informes del Secretario General, a saber: A/CN.9/378/Add.3 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXIV: 1993*; (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.94.V.16)), A/CN.9/397 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXV: 1994*; (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.95.V.20)) y A/CN.9/412 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXVI: 1995* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.96.V.8)). Las deliberaciones de la Comisión sobre tales informes figuran en sus informes sobre su 26° a 28° período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/48/17), párrs. 297 a 301 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXIV: 1993*; (op.cit.); ibíd., *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/49/17), párrs. 208 a 214 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXV: 1994*, (op.cit.); y ibíd., *quincuagésimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/50/17), párrs. 374 a 381 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXVI: 1995*, (op.cit.). En su 28° período de sesiones (1995), la Comisión decidió encomendar al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales la tarea de preparar una ley uniforme sobre la financiación por cesión de créditos. En sus períodos de sesiones 24° a 31° el Grupo de Trabajo preparó el proyecto de convención (también se celebró el 23° período de sesiones, (período de sesiones adicional) de otro Grupo de Trabajo, cuya denominación fue modificada para esa ocasión en particular). Respecto de los informes de dichos períodos de sesiones, véanse los documentos: A/CN.9/420 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXVII: 1996*; (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.89.V.7), A/CN.9/432 y A/CN.9/434 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXVIII: 1997*, N° de venta: S.99.V.6), A/CN.9/445 y A/CN.9/447 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXIX: 1998*; (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.99.V.12), A/CN.9/455 y A/CN.9/456 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXX: 1999*; publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.00.V.9), A/CN.9/466 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen: XXXI, 2000*; (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.02.V.3) y A/CN.9/486 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen: XXXII: 2001*; (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta, no se ha emitido aún). Respecto de los documentos preparados por la Secretaría y examinados por el Grupo de Trabajo en aquellas sesiones, véanse A/CN.9/WG.II/WP.87 y A/CN.9/WG.II/WP.89 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXVIII: 1997*; (op.cit.), A/CN.9/WG.II/WP.93 y A/CN.9/WG.II/WP.96 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXIX: 1998*; (op.cit.), A/CN.9/WG.II/WP.98 y A/CN.9/WG.II/WP.102 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXX: 1999*; (op.cit.) y A/CN.9/WG.II/WP.104 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXXI: 2000* (op.cit.).

[2] Para obtener información relativa a la CNUDMI y su labor, véase, http://www.uncitral.org. Las deliberaciones de la CNUDMI respecto del proyecto de Convención figuran en los informes sobre la labor realizada en su 33° (2000) y 34° (2001) período de sesiones. (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/55/17), párrs. 12 a 192 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXXI: 2000*; (op.cit.), y (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párrs. 13 a 200 (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXXII: 2001*; (op.cit.). En el anexo I del informe de la CNUDMI acerca de la labor realizada en su 33° período de sesiones (A/56/17 y Corr.3) figura el proyecto de convención que la Comisión presentó a la Asamblea General. En sus períodos de sesiones 33° y 34°, la Comisión dispuso de un comentario analítico sobre el proyecto de convención preparado por la Secretaría (A/CN.9/470); (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXXI 2000*; (op.cit.) y A/CN.9/489 y Add.1; (*Anuario de la CNUDMI, Volumen XXXII: 2001*; (op.cit.)).

2. El principal objetivo de la Convención es promover la disponibilidad transfronteriza de capital y crédito financiero a tipos de interés más asequibles, facilitando así el tráfico transfronterizo de bienes y servicios. La Convención alcanza tal objetivo al reducir la inseguridad jurídica respecto de una serie de cuestiones que se plantean en el marco de importantes operaciones de financiación basadas en los créditos por cobrar de la empresa financiada, que incluyen también operaciones de préstamo basadas en los bienes de la empresa, el facturaje, otras formas de descuento de facturas, la venta de créditos (*forfaiting*) y la bursatilización, así como ciertas operaciones no estrictamente financieras.

3. La Convención establece principios y enuncia ciertas reglas relativas a la cesión de créditos. Elimina, en particular, toda prohibición legal de la cesión de créditos futuros o de créditos que no estén claramente definidos (cesiones globales). Elimina también toda restricción contractual respecto de la cesión de créditos comerciales, pactada por las partes en el contrato que sea fuente de los créditos cedidos, y esclarece las consecuencias que trae aparejada la cesión de créditos sobre toda garantía real constituida para respaldar su pago. Además, la Convención consagra el principio de autonomía de las partes y establece una serie de reglas de derecho supletorio que serán aplicables en ausencia de toda estipulación en contrario de las partes en la cesión. Además, la Convención ofrece una solución para el problema de los obstáculos jurídicos que dificulten el cobro de créditos cuyos deudores sean extranjeros, al haber enunciado un régimen uniforme para las cuestiones relativas al deudor, como la notificación que ha de dársele, su liberación mediante el pago y las excepciones y derechos de compensación que pueda oponer frente al cesionario.

4. Sumamente importante es que la Convención elimine la inseguridad prevalente respecto de cuál será la ley aplicable a los conflictos sobre quién gozará de mejor derecho para recibir el pago entre un cesionario y toda otra parte reclamante, como por ejemplo algún otro cesionario, algún acreedor del cedente o el administrador de la masa, en un supuesto de insolvencia del cedente. Esa seguridad se consigue al someter los conflictos de prelación a la ley de un solo lugar, cuya determinación es sencilla y que muy probablemente será la ley del lugar en donde se abrió el procedimiento de insolvencia principal frente al cedente (por ejemplo el lugar del establecimiento del cedente, y en el supuesto de que disponga de establecimientos en más de un Estado, el derecho del Estado en donde esté radicada su administración central). La Convención también resuelve la cuestión de la falta de reconocimiento, en muchos países, de los derechos sobre el producto, al establecer un régimen especial uniforme de la prelación aplicable al producto de los créditos cedidos, cuyo objetivo consiste en facilitar prácticas, tales como la bursatilización y el descuento no revelado de facturas. Asimismo, la Convención imparte orientación a los Estados que deseen modernizar su régimen sustantivo interno de prelación al ofrecer, en anexo, tres modelos de régimen sustantivo interno de la prelación.

5. Además, la Convención refuerza la uniformidad del derecho aplicable a la cesión, al incluir un juego de reglas de conflictos de leyes. Dichas reglas están destinadas a colmar las lagunas existentes en el régimen de la Convención respecto de cuestiones a las que sea aplicable, pero que no hayan sido expresamente resueltas en su régimen. Tales reglas serán aplicables si el Estado en donde surja la controversia ha adoptado el régimen de la Convención.

6. Puede verse, a continuación, un resumen de los rasgos principales del régimen de la Convención.

II. Ámbito de aplicación

A. Cesión/cedente-cesionario-deudor/crédito por cobrar

7. En la Convención se define a la "cesión" como la transferencia consensual de la titularidad de los créditos por cobrar (art. 2). La definición abarca tanto la constitución de una garantía real sobre los créditos cedidos como la transferencia de la plena titularidad o propiedad de dichos créditos. Sin embargo, la Convención, no especifica lo que constituye una cesión pura y simple o una cesión con fines de garantía, dejando que dicha cuestión sea resuelta por el derecho por lo demás aplicable a la cesión, al margen de la Convención. Cabe configurar la "cesión" como una subrogación contractual o como una operación pignoraticia. Por el contrario, el régimen de la Convención no será aplicable a ninguna transferencia que se efectúe por imperio de la ley (por ejemplo, a una subrogación legal) ni a ninguna otra cesión que sea de índole no contractual.

8. El "cedente" es el antiguo acreedor en el contrato originario, del que haya nacido el crédito cedido. El cedente es el beneficiario del préstamo otorgado (o un tercero garante) que cede los créditos a título de garantía, o puede ser también el vendedor de los créditos. El "cesionario" es el nuevo acreedor, es decir, el prestamista o el comprador de los créditos por cobrar. El "deudor" es, y seguirá siendo, el deudor del contrato del que nacieron o nacerán los créditos cedidos (denominado "contrato originario").

9. La Convención define el "crédito" (cedido o "por cobrar") como el "derecho contractual a percibir una suma de dinero". Tal definición abarca las fracciones o partes indivisas del derecho a cobrar el crédito cedido. Abarca, asimismo, los créditos nacidos de cualquier clase de contrato. Si bien el significado exacto del término "derecho contractual" deberá ser determinado por el derecho interno aplicable, la Convención abarca claramente todos los créditos nacidos de contratos para el suministro de bienes, obras o servicios, ya sean de índole puramente comercial o contratos celebrados con consumidores. También abarca los créditos nacidos de préstamos, de derechos de autor o de licencia de todo tipo de propiedad intelectual, el cobro de peajes y todo crédito de indemnización monetaria por incumplimiento contractual, así como también todo derecho o reclamación de índole no monetaria que sea convertible en dinero. Pero dicho término no abarca derecho alguno a percibir un pago que no nazca de una obligación contractual, como por ejemplo los créditos nacidos de una reclamación interpuesta por concepto de daños civiles o extracontractuales, o para el reembolso de impuestos indebidamente cobrados.

B. Prácticas objeto de su régimen

10. Habida cuenta de la amplitud de las definiciones dadas de los términos "cesión" y "crédito", la Convención será aplicable a una amplísima gama de operaciones. El proyecto de Convención abarca, en particular, la cesión de créditos

comerciales por cobrar (nacidos del suministro de mercancías, de obras o de servicios entre empresas), así como la cesión de créditos nacidos de préstamos (es decir, de la concesión de un crédito financiero), de créditos por cobrar del consumidor (nacidos de operaciones con consumidores) y de créditos por cobrar de deudores estatales (nacidos de operaciones con autoridades o entidades públicas). Por consiguiente, la financiación otorgada en función de los bienes de la empresa (por ejemplo, las líneas de crédito renovables y la financiación de parte del precio de compra) también es objeto del régimen de la Convención, al igual que las diversas variantes del facturaje y de la venta de créditos singulares (*forfaiting*) (por ejemplo, el descuento de facturas, el facturaje al vencimiento y el facturaje internacional). La Convención también será aplicable a ciertas técnicas de financiación, como la bursatilización de los créditos contractuales de la empresa y la financiación de proyectos en función de su futura corriente de ingresos.

C. Exclusiones y otras limitaciones

11. La gama de cesiones objeto de la Convención está restringida por la exclusión absoluta o limitada de ciertas categorías de créditos o de cesión. La Convención excluye ciertas categorías de cesión por falta de un mercado al respecto (párr. 1 del art. 4). Por ejemplo, se excluye toda cesión efectuada a una persona en su condición de consumidor, pero no así la cesión de créditos a cobrar de los consumidores en general. La Convención también excluye de su ámbito de aplicación la cesión de ciertas categorías de créditos que están ya debidamente reglamentadas, o para las que el régimen de la Convención tal vez no resulte adecuado, como sería el caso de la cesión de los créditos nacidos de valores bursátiles (ya obren o no directamente en manos de su titular), cartas de crédito, garantías independientes, depósitos bancarios, derivados bursátiles y operaciones de cambio de divisas, sistemas de pagos, etc. (párr. 2 del art. 4).

12. Además de la exclusión absoluta de ciertas categorías de cesión o de créditos, la Convención establece otras dos clases de limitaciones. Una de ellas es la denominada cláusula de "exoneración de responsabilidad", que será aplicable a toda cesión de créditos en forma de títulos negociables, de créditos a cobrar del consumidor, o de créditos dimanantes de operaciones con bienes raíces (párr. 3 a 5 del art. 4). La Convención sí será aplicable a la cesión de tales créditos, pero no modificará la situación jurídica de ciertas partes en dichas cesiones. Se preservará, por ejemplo, la prelación de que goza todo tenedor legítimo a tenor de la ley aplicable a los títulos negociables.

13. La Convención establece otra clase de limitación respecto del alcance de la disposición que posibilita que las cesiones surtan efecto no obstante la existencia de cláusulas de intransferibilidad o de cláusulas semejantes (arts. 9 y 10). Los artículos 9 y 10 son únicamente aplicables a los créditos comerciales, definidos en sentido lato como cualquier crédito nacido del suministro o del arrendamiento de bienes o de la prestación de servicios que no sean financieros (párr. 3 del art. 9 y párr. 4 del art. 10). Dichos artículos no son aplicables a las cesiones de otras categorías de créditos, como los créditos nacidos de préstamos o de contratos de seguro. Esta limitación del alcance de los artículos 9 y 10 hará que la validez de una cláusula de intransferibilidad en el supuesto de una cesión a la que no sean aplicables los artículos 9 y 10, se rija por la ley que sea por lo demás aplicable, al

margen de la Convención (que, de acuerdo al artículo 29, será la ley aplicable al contrato originario).

D. Definición del "carácter internacional"

14. Habida cuenta de que el régimen de la Convención está centrado en el comercio internacional, debe considerarse, en principio, como únicamente aplicable a la cesión de créditos internacionales y a la cesión internacional de créditos (art. 3). Una cesión es internacional si el cedente y el cesionario están situados en distintos Estados. Un crédito es internacional si el cedente y el deudor están situados en distintos Estados. El carácter internacional de una cesión o de un crédito se determina por la ubicación del cedente y del cesionario, o del cedente y del deudor, en el momento de celebrarse el contrato de cesión (todo cambio ulterior en dicha ubicación no afectaría en nada a la aplicación de la Convención).

15. En general, la Convención no será aplicable a la cesión interna de créditos puramente internos. Sin embargo, existen dos excepciones. La primera se refiere al supuesto de toda cesión subsiguiente en la que, por ejemplo, A ceda a B, B a C, y así sucesivamente. A fin de dar coherencia a su aplicación, la Convención será aplicable a toda cesión subsiguiente independientemente de si dicha cesión tiene o no un carácter internacional o de si el crédito cedido es o no internacional, siempre que alguna cesión anterior en una misma cadena de cesiones se rija por la Convención (párr. 1 apartado b) del art. 1). La segunda excepción se refiere a todo conflicto de prelación entre un cesionario nacional y otro extranjero de créditos internos (por ejemplo, el cesionario A situado en el Estado X y el cesionario B situado en el Estado Y; los créditos han de ser cobrados de un deudor que se encuentra en el Estado Y. Para dar certeza jurídica al orden de prelación entre los cesionarios, la Convención será aplicable a todo conflicto de prelación entre el cesionario A y el cesionario B aunque la cesión efectuada a B sea una cesión interna de un crédito interno (apartado m) del art. 5 y art. 22).

E. Factores de conexión para la aplicación de la Convención

16. Con la salvedad del régimen aplicable al deudor (el de los arts. 15 a 21), la Convención será aplicable a toda cesión internacional de un crédito por cobrar y a toda cesión de un crédito por cobrar internacional, en todo supuesto en el que el cedente esté situado en un Estado que sea parte en la Convención (párr. 1 apartado a) del art. 1). La Convención será también aplicable a toda cesión subsiguiente que sea puramente interna y aun cuando el cedente no esté situado en un Estado Contratante, con tal de que alguna cesión anterior se rija por la Convención (apartado b) párr. 1 del art. 1).

17. Para que sean aplicables las disposiciones relativas al deudor, éste también deberá estar situado en un Estado que sea parte en la Convención o la ley aplicable a los créditos cedidos deberá ser la ley de un Estado parte en la Convención (párr. 3 del art. 1). Se trata así de proteger al deudor contra la posibilidad de que le sea aplicable un régimen del que no tuviera conocimiento. Sin embargo, no se trata, con ello, de excluir la aplicación de aquellas partes del régimen de la Convención que no surtan efecto alguno sobre el deudor, como las reglas aplicables a la relación

entre el cedente y el cesionario o las aplicables al orden de prelación entre el cesionario reclamante y alguna otra parte. Por consiguiente, aunque las disposiciones relacionadas con el deudor no se apliquen a una cesión específica, el resto de la Convención aun puede ser aplicable a la relación entre el cedente y cesionario o entre éste último y otra parte reclamante.

18. Las reglas autónomas de la Convención en materia de conflictos de leyes podrán ser aplicables aun cuando el cedente o el cesionario no estén situados en un Estado Contratante, con tal de que la controversia vaya a dirimirse ante los tribunales de un Estado Contratante (párr. 4 del art. 1).

F. Definición del concepto de "ubicación"

19. La noción de "ubicación" es de gran interés para la aplicación de la Convención (al servir para determinar el carácter internacional de una cesión o de un crédito, o el ámbito de aplicación territorial de la Convención). También determina la ley aplicable a la prelación (art. 22). La Convención determina la ubicación por referencia al lugar en donde una persona tenga su establecimiento, o su residencia habitual, en el supuesto de que no tenga un establecimiento. La Convención, apartándose de la tradicional "regla de la ubicación" que prevé que, en el supuesto de establecimientos múltiples, se ha de seleccionar el del lugar que guarde una relación más estrecha con la operación considerada, establece que, cuando un cedente o un cesionario tengan establecimientos en más de un Estado, su establecimiento será el del lugar donde el uno o el otro ejerzan su administración central (es decir, su establecimiento principal o el centro de sus principales intereses). Se trata así de dar certeza jurídica a la determinación de la aplicabilidad del régimen de la Convención, y en particular, de la ley por la que haya de regirse la prelación. Por el contrario, cuando un deudor tenga establecimientos en más de un Estado, se tendrá por tal al del lugar que posea una conexión más estrecha con el contrato originario. Se adoptó este enfoque distinto respecto de la ubicación del deudor para evitar que éste pueda verse sorprendido por la aplicación de un régimen con el que el contrato originario entre el deudor y el cedente no guardara ninguna relación manifiesta.

20. En el supuesto de operaciones concertadas a través de sucursales, la aplicación de la regla de la ubicación de la administración central conllevará a la aplicación de la Convención en vez de la ley del Estado en el cual la sucursal pertinente esté situada, si el cedente ejerce la administración central de sus negocios en un Estado parte en la Convención. Además, una operación podrá pasar a ser internacional y por ende la Convención le será aplicable si el cesionario ejerce la administración central de sus negocios en un Estado que no sea el Estado donde el cedente esté situado, aunque el cesionario haya actuado a través de una sucursal ubicada en el mismo Estado en el que esté ubicado el cedente. Por otra parte, la regla de la ubicación de la administración central dará lugar a la aplicación, a las cuestiones de prelación, de la ley del lugar donde el cedente ejerza la administración central de sus negocios (en vez de la ley del lugar con el que la cesión guarde la relación más estrecha). La certeza que ello da a la aplicación del régimen de la Convención, así como a la determinación de la ley aplicable a las cuestiones de prelación justifican dicho resultado. Esta regla no afectará a una institución financiera como sería el

deudor del crédito originario puesto que, en dicho supuesto, el criterio del vínculo más estrecho será el que determine la ubicación de la institución.

III. Disposiciones generales

A. Definiciones y reglas de interpretación

21. En el artículo 5 se definen importantes nociones, como "crédito futuro", "escrito", "notificación", ubicación, (o lugar donde una parte "esté situada"), "prelación", "otra parte reclamante" y "contrato financiero".

B. Autonomía de las partes

22. La Convención reconoce al cedente, al cesionario y al deudor el derecho a excluir, obrando por vía contractual y de común acuerdo, la aplicación de las disposiciones de la Convención o de modificarlas (art. 6). Cabe señalar dos salvedades a dicha regla: la de que dicho acuerdo no podrá afectar a los derechos de terceros, y la de que el deudor no podrá renunciar a ciertas categorías de excepciones legalmente oponibles (párr. 2 del art. 19).

C. Interpretación

23. En la Convención figura una regla general que expresa que en la interpretación de la Convención se tendrán en cuenta los objetivos y propósitos enunciados en el preámbulo, su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional. Las lagunas existentes sobre las cuestiones tratadas pero no expresamente resueltas por la Convención se deberán colmar de acuerdo a sus principios generales, y a falta de tales principios, de conformidad con el derecho aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado, incluidas las de la Convención, en caso de que tales normas fuesen aplicables (art. 7).

IV. Efectos de la cesión

A. Validez formal y material

24. Por no haberse llegado a un consenso en la Comisión, la Convención no contiene ninguna regla de derecho sustantivo uniforme relativa a la validez formal de la cesión, pero sí contiene reglas de conflictos de leyes a dicho respecto. Los requisitos de forma de una cesión para que se pueda hacer valer la prelación de un crédito cedido se rigen por la ley del lugar donde esté situado el cedente (arts. 5 g) y 22). Además, las denominadas normas autónomas de la Convención sobre conflictos de leyes enuncian una regla de conflictos (art. 27) que será aplicable en lo relativo a la validez formal del contrato de cesión, entre las partes en dicho contrato.

25. Toda cesión efectuada a raíz de un acuerdo entre el cedente y el cesionario será válida si dicho acuerdo es, por lo demás, contractualmente válido (arts. 2 y 11).

No se requiere notificación para que la cesión surta efecto (párr. 1 del art. 14). La Convención se centra en las limitaciones legales y contractuales, así como en las consecuencias que pueda tener la cesión para las garantías y otros derechos accesorios. Otras cuestiones relativas a la validez material o eficacia de una cesión han sido reguladas en el marco del tipo de relación en la que puedan surgir (cedente-cesionario o deudor-cesionario o cesionario-tercero).

B. Limitaciones legales

26. A fin de facilitar la financiación otorgada en función de los créditos por cobrar de una empresa, la Convención elimina las limitaciones legales y otras limitaciones jurídicas de la transferibilidad de ciertas categorías de créditos (por ejemplo, de los créditos futuros) o de la eficacia de ciertas formas de cesión (por ejemplo, de la cesión global de créditos por cobrar) que son típicas en las operaciones de financiación mediante créditos. Basta con que los créditos cedidos puedan ser identificados como créditos objeto de la cesión en el momento de concluirse el contrato de cesión, o en el supuesto de la cesión de créditos futuros, en el momento de concluirse el contrato originario de dichos créditos. Un solo acto de cesión bastará para ceder varios créditos, inclusive los créditos futuros (art. 8). La invalidación de dichas limitaciones legales no es aplicable a otras limitaciones legales, como las relativas a los créditos personales y a los créditos a cobrar de entes públicos, que no se ven, en modo alguno, afectadas por el régimen de la Convención.

C. Limitaciones contractuales

27. La Convención convalida toda cesión de créditos comerciales (entendidos en el sentido lato dado a este término en el párr. 3 del art. 9) que se lleve a cabo en violación de alguna cláusula de intransferibilidad de dichos créditos, pero sin eliminar la responsabilidad en la que pueda incurrir el cedente por incumplimiento del contrato originario en virtud de toda otra norma que sea aplicable a dicho contrato al margen de la Convención, sin que dicha responsabilidad sea extensiva al cesionario (párr. 1 del art. 9). Sin embargo, de prever alguna otra norma esta responsabilidad, la Convención limita su alcance al establecer que el mero conocimiento de la existencia de un acuerdo de intransferibilidad por parte de un cesionario que no sea parte en ese acuerdo, no constituye motivo suficiente para que el cesionario incurra en responsabilidad por incumplimiento de dicho acuerdo. Además, la Convención ampara aún más al cesionario al disponer que la inobservancia de una cláusula de intransferibilidad por parte del cedente no constituye en sí misma motivo suficiente para que el deudor pueda impugnar la validez del contrato originario (párr. 2 del art. 9). Por otra parte, la Convención no permite que el deudor pueda esgrimir frente al cesionario una reclamación por incumplimiento de la cláusula de intransferibilidad, haciéndola valer, por vía de compensación, frente a su reclamación de pago (párr. 3 del art. 18).

28. Respecto de los consumidores, el enfoque de la Convención se basa en la premisa de que esta disposición no los afecta, puesto que las cláusulas de intransferibilidad son muy poco frecuentes en los contratos con consumidores. En cualquier caso, si surgiese un conflicto entre la Convención y la ley de protección

del consumidor aplicable, ésta última prevalecerá (párr. 4 del art. 4). Respecto de la cesión de créditos a cobrar de entes públicos, los Estados podrán formular una reserva frente a la regla del artículo 9 (art. 40). Se ofrece esta posibilidad a aquellos Estados que no desean amparar sus intereses públicos mediante limitaciones legales, sino mediante limitaciones contractuales.

D. Transferencia de los derechos que garantizan el pago de los créditos cedidos

29. Todo derecho accesorio, ya sea personal o real, con el que se garantice el cobro del crédito cedido quedará transferido con dicho crédito sin necesidad de un nuevo acto de cesión. El cedente estará obligado a transferir al cesionario toda garantía real independiente a toda otra garantía del cobro del crédito cedido (párr.1 del art. 10). Toda limitación contractual de la cesión de tales derechos correrá la misma suerte que la del crédito cedido (párrs. 2 y 3 del art.10). Esta disposición se aplicará igualmente a los "créditos comerciales" en sentido amplio (párr. 4 del art. 10) y no afectará a ninguna obligación que el cedente tenga respecto del deudor de conformidad con la ley aplicable a la garantía real o a toda otra garantía del cobro (párr. 5 art. 10). De igual forma, esta disposición no afectará a ningún requisito de forma o de inscripción registral que sea necesario para la transferencia de una garantía real (párr. 6 del art.10).

V. Derechos, obligaciones y excepciones

A. El cedente y el cesionario

1. Autonomía contractual y prácticas comerciales de las partes

30. La Convención reconoce el derecho del cedente y del cesionario a estructurar su contrato conforme sea conveniente al servicio de sus intereses, si ello no daña los derechos de terceros (arts. 6 y 11). La Convención también otorga fuerza de ley a los usos del comercio que el cedente y cesionario hayan pactado respetar y a las prácticas comerciales observadas entre ellos. Además, la Convención enuncia ciertas reglas de derecho supletorio que son aplicables a la relación entre el cedente y el cesionario. El propósito de dichas reglas es proporcionar una lista de las cuestiones que deben ser resueltas en el contrato, al tiempo que pueden servir para colmar lagunas que hayan quedado en el texto de su contrato respecto de cuestiones tales como las garantías dadas por el cedente, la notificación de la cesión o las instrucciones de pago, así como respecto del derecho adquirido sobre el producto del crédito. Al ser dichas reglas de derecho meramente supletorio, las partes podrán modificarlas, al remitir a ellas, para adaptarlas a los fines de su propio contrato.

2. Garantías dadas por el cedente

31. Respecto de las garantías contractuales implícitas a toda cesión, la Convención observa los principios generalmente aceptados y trata de establecer un equilibrio entre equidad y practicidad (art. 12). Por ejemplo, a menos que se haya convenido otra cosa, el cedente debe asumir el riesgo de las excepciones ocultas que pueda oponer el deudor. La Convención sigue este enfoque, teniendo en cuenta que el cedente es la contraparte contractual del deudor y por ende se encuentra en una mejor situación para saber si habrá problemas con la ejecución del contrato que faculten al deudor para oponer excepciones.

3. Notificación e instrucciones de pago

32. A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente, el cesionario o ambos podrán enviar al deudor una notificación con las instrucciones de pago. El cesionario adquirirá un derecho independiente para notificar al deudor y reclamar el pago. Este derecho independiente será esencial caso de que surja algún problema en la relación del cesionario con el cedente que haga que éste probablemente no coopere con el cesionario para notificar al deudor. Tras la notificación, solamente el cesionario podrá exigir el pago (art. 13). Una notificación dada al deudor en violación de algún acuerdo en contrario entre el cedente y el cesionario, facultaría, no obstante, al deudor para liberarse de su obligación, efectuando el pago de conformidad con lo indicado en dicha notificación, pero sin menoscabo alguno de la acción que pueda interponerse por incumplimiento de lo acordado entre el cedente y el cesionario.

33. Las instrucciones de pago no son un elemento esencial de la notificación de la cesión, según su definición en el párrafo d) del artículo 5. Ello significa que la notificación no se dará necesariamente para introducir modificaciones en las instrucciones de pago que se den al deudor, sino tal vez, principalmente, para congelar las excepciones de que ya disponga el deudor y sus eventuales derechos de compensación (párr. 2 del art. 18).

4. Derechos sobre el producto

34. La Convención reconoce un derecho contractual del cesionario sobre el producto de los créditos y sobre todo sucedáneo legal del producto ("todo lo que se reciba como pago ... u otra forma de ejecución de un crédito cedido" (art. 5 j)). En lo concerniente a la relación entre el cedente y el cesionario, éste último podrá hacer valer su derecho sobre el producto tanto si se efectúa el pago directamente al cesionario como si se efectúa al cedente o a cualquier otra persona sobre la que el cesionario goce de prelación (art. 14). La cuestión de saber si el cesionario podrá retener o reivindicar un derecho de propiedad sobre tales productos será generalmente resuelto por el derecho aplicable al margen de la Convención. Sin embargo, si el producto es, a su vez, un crédito, esta cuestión será resuelta por la ley del lugar en donde el cedente esté situado (art. 5 j) y 22). Además, en determinados supuestos será, sin duda, aplicable el propio régimen especial de la Convención relativo al producto (art. 24).

B. Deudor

1. Protección del deudor

35. La cesión no afectará, en modo alguno, la situación jurídica del deudor sin su consentimiento, salvo que el texto de la Convención disponga expresamente lo contrario. La cesión tampoco podrá cambiar ni la moneda designada para el pago ni el Estado donde deba realizarse sin el consentimiento del deudor (arts. 6 y 15).

36. Además de formular a grandes rasgos el principio de la protección del deudor, la Convención enuncia una serie de reglas especiales que explicitan este principio. Tales reglas se ocupan del pago liberatorio del deudor, de las excepciones oponibles por el deudor, de sus derechos de compensación, de su renuncia a oponer tales excepciones o derechos de compensación, de la modificación del contrato originario y del reintegro de la suma pagada por el deudor.

2. Pago liberatorio del deudor

37. El deudor quedará liberado al realizar el pago de conformidad con los términos del contrato originario, salvo que el deudor reciba la notificación de la cesión. Tras recibir esa notificación, el deudor quedará liberado de su obligación efectuando el pago de acuerdo con las instrucciones que le hayan sido dadas por escrito y, a falta de tales instrucciones, efectuando el pago al cesionario (párrs. 1 y 2 del art. 7). La notificación de la cesión determinará el método por el cual el deudor quedará liberado de su obligación. Dicha notificación deberá darse por escrito en un idioma que quepa prever que el deudor comprenderá y en términos que identifiquen de modo razonable los créditos cedidos y al cesionario (art.16).

38. Se niega toda relevancia al hecho de si el deudor tuvo o debió haber tenido conocimiento de una cesión anterior de la cual no fue notificado. La Convención adopta este criterio para dar una certeza jurídica razonable al pago liberatorio del deudor, lo que constituye un factor importante que el cesionario tendrá en cuenta al fijar el precio de una operación. Este enfoque no incentiva ni la mala fe ni el fraude. Siempre resulta difícil probar lo que el deudor sabía o debió haber sabido, y en cualquier caso, la Convención no invalida en nada la normativa relativa al fraude del derecho interno aplicable.

39. La Convención contiene asimismo una serie de reglas relativas al supuesto de que reciba más de una notificación o instrucciones de pago sucesivas. Si el deudor recibe instrucciones de pagos sucesivas respecto de una única cesión del mismo crédito efectuada por el mismo cedente, el deudor quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones recibidas (párr. 3 del art. 17). De serle notificada más de una cesión por el mismo cedente de unos mismos créditos, el deudor quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la primera notificación que reciba (párr. 4 del art. 17). De serle notificadas varias cesiones subsiguientes, el deudor quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la notificación de la última de las cesiones subsiguientes (párr. 5 del art. 17).

40. Si el deudor recibe una o más notificaciones de la cesión de una parte de uno o más créditos o de un derecho indiviso sobre tales créditos podrá optar entre quedar liberado de su obligación pagando de conformidad con las notificaciones recibidas o de acuerdo con lo dispuesto en la Convención como si no hubiese recibido la

notificación (párr. 6 del art. 17). Al otorgar al deudor el derecho de ser él quien determine si la notificación de una cesión parcial surtirá o no efecto respecto de la liberación de su obligación de efectuar el pago, la Convención evita sobrecargarle con la obligación de tener que dividir su pago. Este enfoque no invalida las cesiones parciales, sino que se limita a sugerir que los cedentes o cesionarios deberán estructurar entre sí las vías de pago teniendo en cuenta que no cabrá obligar al deudor a efectuar pagos parciales (por ejemplo, conforme al mecanismo previsto en el párr. 2 del art. 24). El cedente y el cesionario podrán, claro está, dividir los pagos si obran con el consentimiento dado por el deudor en el momento de concluirse el contrato originario o el contrato de cesión o en algún momento ulterior.

41. Una regla protectora clave de los derechos del deudor faculta a éste para exigir prueba suficiente de la cesión en todo supuesto en el que el cesionario haya enviado la notificación sin una cooperación o autorización clara del cedente (párr. 7 del art. 17). Se reconoce este derecho al deudor para protegerle contra el riesgo de tener que pagar a un tercero desconocido. Por "prueba suficiente" se entenderá cualquier escrito que lleve la firma del cedente en el que se indique que la cesión ha tenido lugar, como pudiera ser el contrato de cesión o una autorización que faculte al cesionario para dar la notificación. Si el cesionario no presenta dicha prueba en un plazo razonable, el deudor podrá quedar liberado de su obligación pagando al cedente.

42. Lo dispuesto en la Convención se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho que el deudor pueda tener con arreglo a la ley, por lo demás aplicable, al margen de la Convención, a quedar liberado de su obligación haciendo el pago a quien tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole, o a una caja pública de depósitos (párr. 8 del art. 17). Por ejemplo, si el deudor puede liberarse de su obligación, con arreglo a alguna norma de derecho interno aplicable al margen de la Convención, haciendo el pago a raíz de una notificación que no satisfaga los requisitos de su propio régimen, dicho pago será reconocido como liberatorio por la Convención. Del mismo modo, la Convención reconocerá al pago efectuado a una caja pública de depósitos, de conformidad con el derecho por lo demás aplicable al margen de la Convención, como un pago liberatorio válido.

3. Excepciones y derechos de compensación del deudor

43. Respecto de las excepciones y derechos de compensación del deudor, la Convención codifica las normas generalmente aceptadas. De reclamar el pago el cesionario, el deudor podrá oponerle toda excepción o derecho de compensación que sea oponible frente al cedente del crédito cuyo cobro se esté reclamando. Se podrá oponer frente al el cesionario todo derecho de compensación que nazca del contrato originario o de alguna operación conexa, incluso si dicho derecho nace después de practicada la notificación (párr. 1 del art. 18). Ahora bien, todo derecho de compensación no nacido del contrato originario o de una operación conexa, y que no fuera oponible por el deudor en el momento de recibirse la notificación, no será oponible por el deudor frente al cesionario (párr. 2 del art. 18). La Convención deja la determinación del momento en que un derecho o excepción "sea invocable u oponible" (por ejemplo, si el derecho invocable ha de estar cuantificado, haber vencido o ser exigible) a la norma de derecho interno por lo demás aplicable al margen de la Convención (respecto de todo derecho de compensación que nazca del

contrato originario, dicha norma será, de conformidad con el artículo 29, la ley que sea aplicable el contrato originario).

4. Renuncia a las excepciones

44. El deudor podrá renunciar a sus excepciones y derechos de compensación eventuales por medio de un acuerdo con el cedente. A fin de alertar al deudor acerca de las importantes consecuencias de tal renuncia, la Convención exige que dicha renuncia o su modificación conste por escrito y lleve la firma del deudor (párr. 1 del art. 19). La Convención, con el fin de amparar al deudor contra toda presión indebida que el cedente pueda ejercer, también prohíbe la renuncia de toda excepción o derecho de compensación nacido de algún acto fraudulento imputable al cedente o a toda excepción fundada en la incapacidad del deudor (párr. 2 del art. 19).

5. Modificación del contrato originario

45. Sucede a menudo que un contrato originario ha de ser modificado en función de algún cambio operado en las necesidades de las partes. El propio acuerdo determinará los efectos que dicha modificación surtirá entre las partes. La Convención se ocupa de la cuestión de los efectos de dichas modificaciones del contrato originario frente a terceros, tales como la de si el deudor puede liberarse de su obligación pagando el crédito de conformidad con alguna modalidad de pago modificada, o la de si el cesionario podrá exigir que el pago se haga conforme a dicha modalidad modificada. La regla básica en la materia establece que, hasta la notificación de la cesión al deudor, cualquier modificación del contrato será válida frente al cesionario, el cual adquirirá el crédito a cobrar con sus modificaciones (párr. 1 del art. 20). Tras dicha notificación, toda modificación, introducida sin el consentimiento del cesionario, no será válida frente al cesionario de un crédito ya exigible por razón del pleno cumplimiento de la correspondiente obligación, pero sí será válida frente al cesionario de un crédito por cobrar que no sea aún exigible si la modificación introducida estaba prevista en el contrato originario o si es de tal índole que un cesionario razonable consentiría en ella (párr. 2 del art. 20). La Convención no altera en nada el régimen de la responsabilidad eventual del cedente frente al cesionario, a tenor de la ley aplicable, por todo incumplimiento de un acuerdo entre ellos que prohíba la modificación del contrato originario (párr. 3 del art. 20).

6. Reintegro de la suma pagada por el deudor

46. El deudor sólo podrá recuperar del cedente toda suma ya pagada al cedente o al cesionario (art. 21). Ello supone que el deudor ha de asumir el riesgo de insolvencia de su contraparte contractual, al igual que habría de hacerlo en el supuesto de que no se hubiese celebrado una cesión.

C. Terceros al contrato de cesión

1. Ley aplicable a las cuestiones de prelación de los créditos

47. Una parte muy importante de la Convención está dedicada a los efectos de la cesión frente a terceros, es decir, frente a todo cesionario concurrente, frente a otros acreedores del cedente o frente al administrador de la masa en un supuesto de insolvencia de éste último. La Convención trata este tema como una cuestión de

prelación entre reclamantes concurrentes, es decir, quién tiene derecho a recibir, en primer término, el pago u otra prestación. Habida cuenta de que los bienes del cedente podrían no bastar para pagar a todos los acreedores, esta cuestión reviste una gran importancia.

48. Dado que no se pudo alcanzar consenso en el seno de la Comisión sobre un régimen sustantivo uniforme de la prelación, la Convención trata esta cuestión a través de sus conflictos de leyes (art. 22 a 24). Su valor reside en el hecho de que, al apartarse de los enfoques tradicionales, dichas reglas remiten todos los conflictos de prelación a la ley del lugar donde esté situado el negocio del cedente. Ese "estar situado" hace referencia al lugar donde el cedente ejerza la administración central de sus negocios, por lo que si el cedente tiene establecimientos en más de un Estado, la Convención remitirá los conflictos de prelación a la ley de un único Estado que será fácil de determinar. Además, de abrirse un procedimiento de insolvencia principal contra el cedente, dicho procedimiento se abrirá normalmente en ese Estado, lo que facilitará la solución de todo conflicto eventual entre el régimen de las operaciones garantizadas y el régimen de la insolvencia.

49. A fin de no dejar fuera a ningún conflicto eventual de prelación, se ha definido la expresión "otra parte reclamante" en términos que la hacen aplicable a otros cesionarios, aunque tanto la cesión como el crédito sean internos y por lo demás ajenos al ámbito de aplicación de la Convención, así como a otros acreedores del cedente, con inclusión de todo acreedor con algún derecho real sobre otros bienes que la ley extienda al crédito cedido, como sería el caso de todo acreedor con un derecho real sobre el crédito a cobrar creado por una decisión judicial o con un derecho de retención de la titularidad sobre ciertos bienes que la ley extienda a todo crédito a cobrar nacido de la venta de dichos bienes, y que hacen dicha expresión también aplicable al administrador de la insolvencia del cedente (art. 5 m)). La definición del término "prelación" hace que dicho término sea aplicable no sólo a la determinación de la prelación en el pago u otra forma de ejecución sino también de otras cuestiones conexas, como la índole personal o real del derecho, su función de garantía real y el cumplimiento de los requisitos necesarios para dar eficacia a ese derecho frente al de otra parte reclamante (art. 5 g)). La prelación no será, en general, aplicable a la validez de una cesión entre el cedente y el cesionario o el deudor (art. 5 g), art. 8 y 22, "con excepción de los supuestos regulados en otras disposiciones de la presente Convención").

2. Derecho imperativo y excepciones de orden público

50. Una regla de prelación de rango imperativo de la ley del foro sólo será aplicable en lugar de la regla de prelación de la ley del lugar donde esté situado el cedente cuando ésta última "sea manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro" (párr. 1 del art. 23). Las reglas de derecho imperativo de la ley del foro o de algún otro Estado no son, de por sí, un obstáculo para la aplicación del régimen de prelación de la ley del lugar donde esté situado el cedente (párr. 2 del art. 23). Sin embargo, en el supuesto de un procedimiento de insolvencia abierto en un Estado que no sea aquél en donde esté situado el cedente, será aplicable toda regla de prelación de derecho imperativo de la ley del foro que otorgue prelación a ciertas categorías de créditos privilegiados o preferentes, como los sueldos o los impuestos por cobrar (párr. 3 del art. 23). Además, la Convención no tiene por objeto interferir con el régimen sustantivo y procesal de la insolvencia del Estado

del foro en asuntos que no sean propiamente de prelación (por ejemplo, en lo relativo a las acciones de impugnación interponibles o a la paralización del cobro de los créditos cedidos y cuestiones similares).

3. Régimen de prelación aplicable al producto

51. La Convención no enuncia ninguna regla general sobre la ley aplicable a las cuestiones de prelación entre derechos concurrentes sobre el producto de un crédito a cobrar, debido a las diferencias existentes de un ordenamiento jurídico a otro respecto de la naturaleza jurídica y del tratamiento a otorgar a dichos derechos. Sin embargo, la Convención enuncia dos reglas de alcance limitado aplicables a la prelación. Por la primera, todo cesionario que goce de prelación frente a los demás reclamantes del cobro, respecto de los créditos cedidos y reciba el pago directo de su producto, podrá retener dicho producto (párr. 1 del art. 24). La segunda de dichas reglas fue concebida para facilitar prácticas tales como la bursatilización y el descuento no revelado de facturas. Conforme a dichas prácticas, los pagos se abonan en una cuenta especial que mantendrá el cedente por cuenta del cesionario y por separado de sus propios bienes. La Convención establece que, si el cesionario goza de prelación, frente a otros reclamantes, sobre de los créditos cedidos y el cedente guarda el producto de su cobro por cuenta del cesionario de forma que se pueda distinguir razonablemente de los demás bienes del cedente, el cesionario conservará su prelación sobre el producto del cobro de dichos créditos (párr. 2 del art. 24). La Convención no resuelve, sin embargo, el conflicto eventual de prelación entre un cesionario que reclame su derecho sobre el producto depositado en una cuenta de depósito o de valores y el banco depositario o el corredor bursátil u otro agente intermediario que disponga de una garantía real o de un derecho de compensación sobre dicha cuenta (párr. 3 del art. 24).

4. Régimen sustantivo en materia de prelación

52. Para poder disfrutar del régimen de la prelación establecido por la Convención, las partes dispondrán de medios para estructurar sus operaciones de forma tal que las cuestiones de la prelación sean remitidas al régimen que estimen apropiado (por ejemplo, mediante la constitución de entidades especiales en lugares adecuados). Queda por saber qué sucedería si no consiguen hacerlo, o conseguirlo resulta excesivamente costoso, y la ley que sea por lo demás aplicable posee un régimen deficiente de la prelación. La Convención ofrece, a dicho fin, tres regímenes sustantivos modelo de la prelación (anexo). Los Estados pueden elegir entre esos tres regímenes de la prelación si desean modificar su propio régimen. El primero se basa en la inscripción registral de toda cesión, el segundo en la notificación de la cesión al deudor y el tercero en la fecha de la cesión. Los Estados que deseen modificar su normativa legal aplicable, podrán seleccionar, mediante una declaración, uno de estos regímenes de prelación, o simplemente promulgar un nuevo régimen interno de la prelación o reformar su régimen legal aplicable. Cabe prever que, si se deja autonomía contractual a las partes para elegir el régimen de prelación aplicable, prevalecerá el régimen que reporte mayor provecho económico.

5. Acuerdos de renuncia a la prelación

53. Las partes que intervienen en un conflicto de prelación podrán negociar y renunciar a su prelación en favor de un reclamante subordinado cuando así lo

justifiquen las consideraciones comerciales. A fin de permitir la máxima flexibilidad y de reflejar las prácticas comerciales dominantes, la Convención aclara que una renuncia válida no tendrá que adoptar la forma de un acuerdo directo entre el cesionario que goce de prelación y el beneficiario del acuerdo de renuncia (art. 25). Podrá realizarse también unilateralmente, por ejemplo, mediante el poder otorgado al cedente por el cesionario de mayor prelación, facultándole para hacer una segunda cesión con prelación preferente.

VI. Normas autónomas sobre conflictos de leyes

A. Alcance y finalidad

54. La Convención contiene un juego de normas sobre conflictos de leyes que podrán ser aplicadas independientemente de cualquier factor de conexión territorial con un Estado que sea parte en la Convención. En todo supuesto en que el cedente, o el deudor, esté situado en un Estado parte en la Convención, o en que la ley que rija el contrato originario sea la ley de un Estado parte en la Convención, será aplicable dicho juego de normas independientes sobre conflictos de leyes para colmar cualquier laguna en el régimen de la Convención, a menos que se pueda hallar una solución que se base en los principios subyacentes a la Convención. En supuestos en los que ni el cedente ni el deudor estén situados en un Estado parte en la Convención, o en los que la ley que rija el crédito por cobrar no sea la ley de un Estado parte, dicho juego de reglas independientes sobre conflictos de leyes puede ser aplicable a operaciones a las que el resto del régimen de la Convención no sea aplicable (art. 26). Para ello será preciso que la operación sea de carácter internacional, conforme a los propios términos de la Convención, y no esté excluida de su ámbito de aplicación.

55. Dicho régimen autónomo de conflictos de leyes de la Convención, enunciado en el capítulo V, podrá ser objeto de alguna reserva. Todo Estado que formule una reserva respecto del capítulo V quedará exento de su régimen (art. 39). Se permitió hacer dicha reserva a fin de evitar que algún Estado, que desee hacer suyo el régimen de la Convención, pueda verse impedido de hacerlo por el solo hecho de que dichas normas autónomas sobre conflictos de leyes sean incompatibles con sus propias normas al respecto.

B. Ley aplicable a la forma de un contrato de cesión

56. En el supuesto de un contrato de cesión celebrado entre personas situadas en un mismo Estado, su validez formal se regirá por la ley del Estado que sea aplicable al contrato, o por la ley del Estado en donde dicho contrato se celebró. Cuando se celebre un contrato de cesión entre personas situadas en distintos Estados, dicho contrato será válido si cumple con los requisitos formales de la ley por la que se rija rige o de la ley de uno de esos dos Estados (art. 27).

C. Ley aplicable a los derechos y obligaciones recíprocos del cedente y del cesionario

57. Los derechos y obligaciones recíprocos del cedente y del cesionario se regirán por la ley que éstos elijan. La libertad de elección de las partes estará supeditada a los principios de orden público del foro y a toda norma de derecho imperativo del foro o de algún otro país con el que el contrato de cesión tenga algún vínculo estrecho. En el supuesto de que las partes no hayan elegido la ley aplicable, los derechos y obligaciones recíprocos de las partes se regirán por la ley del Estado con el que el contrato tenga un vínculo más directo o estrecho. En este caso se adoptó el criterio del "vínculo estrecho" a pesar de que dicho criterio se preste a cierto grado de incertidumbre por estimarse que era improbable que ello tuviera graves consecuencias, dado que en la gran mayoría de los casos las partes eligen la ley aplicable a su contrato (art. 28).

D. Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor

58. La relación establecida entre el cesionario y el deudor, las condiciones que han de darse para que la cesión pueda hacerse valer frente al deudor y las limitaciones contractuales sobre el acto de cesión se rigen por a la ley aplicable al contrato originario. El hecho de que la mayoría de estas cuestiones estén reguladas por el régimen de la Convención, resta importancia práctica a esta disposición. Sin embargo, existen ciertas cuestiones que deliberadamente no fueron reguladas por las reglas de rango sustantivo de la Convención, como la cuestión de saber cuándo el deudor podrá hacer valer algún derecho de compensación de conformidad con el artículo 18. El artículo 29 rige dicha cuestión, al menos respecto de la compensación en el marco de una misma operación (es decir, en el marco de una compensación que surja del contrato originario o de otro contrato que forme parte de la misma operación comercial). Otra cuestión que es objeto de la regla del artículo 29 es la de la validez de las cláusulas de intransferibilidad respecto de toda cesión de créditos a la que no sea aplicable ni el artículo 9 ni el 10, ya sea por tratarse de una cesión de créditos no comerciales o por no estar ubicado el deudor en un Estado que sea parte en la Convención. Sin embargo, el artículo 29 no será aplicable a las limitaciones legales. Si bien algunas limitaciones legales tienen por objeto proteger al deudor, muchas otras tienen por objeto proteger al cedente. A falta de una clara distinción entre los diversos tipos de limitaciones legales, no procede someterlas todas a la ley que sea aplicable al contrato originario. De todos modos, salvo escasas excepciones, el régimen de la Convención no invalida ninguna limitación legal.

E. Ley aplicable a la prelación

59. La Convención remite las cuestiones de prelación a la ley del lugar donde esté situado el cedente. El valor de la regla aquí enunciada es que podrá aplicarse a operaciones a las que el artículo 22, que dicha regla reproduce, no sea aplicable por faltar todo factor de conexión territorial entre la cesión y un Estado que sea parte en la Convención.

VII. Cláusulas finales

60. La Convención entrará en vigor una vez que haya sido ratificada por cinco Estados (art. 45). Todo Estado, que sea parte en la Convención podrá excluir ciertas otras prácticas de cesión mediante una declaración al respecto, pero no podrá excluir ninguna práctica relacionada con la cesión de "créditos comerciales", entendidos en el sentido amplio que se les da en el párrafo 3 del artículo 9 y en el párrafo 4 del artículo 10 (art. 41). La Convención no será aplicable a ninguna práctica, así excluida, si el cedente se encuentra situado en un Estado que haya realizado dicha declaración. El régimen de la Convención prevalecerá sobre el del Convenio del UNIDROIT sobre el Facturaje Internacional (el Convenio de Ottawa). Sin embargo, ello no impedirá la aplicación del Convenio de Ottawa en lo referente a los derechos y obligaciones de todo deudor al que no sea aplicable el régimen de la Convención (art. 38).

III. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTEMENTE PUBLICADAS RELATIVAS A LA LABOR DE LA CNUDMI
NOTA DE LA SECRETARÍA
(A/CN.9/566) [Original: inglés]

En vista de que el documento arriba mencionado se reprodujo en el volumen XXXIV del Anuario de la CNUDMI, correspondiente a 2003, no se reproduce de nuevo en el presente volumen.

La siguiente bibliografía, recogida en el documento A/CN.9/581, se presentó a la Comisión en su 38º período de sesiones, celebrado en 2005, y se reproducirá en el volumen XXXVI del Anuario de la CNUDMI, correspondiente a ese año. Las bibliografías también pueden consultarse en el sitio web de la Comisión (*www.uncitral.org*).

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

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
	A. Lista de documentos presentados a la Comisión en su 37º período de sesiones	
	1. Serie de distribución general	
A/CN.9/541	Programa provisional con anotaciones y calendario de reuniones del 37º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/542	Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 29º período de sesiones (Viena, 1º a 5 de septiembre de 2003	Segunda parte, I, A
A/CN.9/543	Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su cuarto período de sesiones (Viena, 8 a 12 de septiembre de 2003)	Segunda parte, V, A
A/CN.9/544	Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 12º período de sesiones (Viena, 6 a 17 de octubre de 2003)	Segunda parte, III, A
A/CN.9/545	Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje) sobre la labor de su 39º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de noviembre de 2003)	Segunda parte, II, A
A/CN.9/546	Informe del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) sobre la labor de su 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003)	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/547	Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje) sobre la labor de su 40º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de febrero de 2004)	Segunda parte, II, C
A/CN.9/548	Informe del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) sobre la labor de su 43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004)	Segunda parte, IV, F
A/CN.9/549	Informe del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) sobre la labor de su 43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004)	Segunda parte, V, D
A/CN.9/550	Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su segundo período de sesiones conjunto (Nueva York, 26 y 29 de marzo de 2004)	Segunda parte, V, C
A/CN.9/551	Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 30º período de sesiones (Nueva York, 29 de marzo a 2 de abril	Segunda parte, I, D

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
	de 2004)	
A/CN.9/552	Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 13º período de sesiones (Nueva York, 3 a 14 de mayo de 2004)	Segunda parte, III, F
A/CN.9/553	Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de contratación pública	Segunda parte, VI
A/CN.9/554	Informe sobre el Coloquio Judicial UNCITRAL-INSOL sobre la Insolvencia Transfronteriza (2003)	Segunda parte, I, I
A/CN.9/555	Informe de la CNUDMI acerca del Coloquio sobre fraude comercial internacional	Segunda parte, X, B
A/CN.9/556	[No publicado]	
A/CN.9/557	Nota explicativa acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional	Tercera parte, I
A/CN.9/558	Compilación de las observaciones presentadas por organizaciones internacionales respecto del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia	Segunda parte, I, J
A/CN.9/558/Add.1	Compilación de observaciones presentadas por los Estados respecto del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia	Segunda parte, I, J
A/CN.9/559 y Add.1-3	Proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia: revisiones del documento A/CN.9/WG.V/WP.70	Segunda parte, I, K
A/CN.9/560	Nota de la Secretaría sobre la formación y asistencia técnica	Segunda parte, VIII
A/CN.9/561	Nota de la Secretaría sobre la situación actual de las convenciones y leyes modelo	Segunda parte, IX
A/CN.9/562	Nota de la Secretaría: introducción al compendio de jurisprudencia relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías	Segunda parte, VII
A/CN.9/563 y Add.1	Nota de la Secretaría: interpretación uniforme de los textos de la CNUDMI; modelo de resumen de jurisprudencia sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985)	Segunda parte, VII
A/CN.9/564	Nota de la Secretaría sobre la cooperación entre las Naciones Unidas y los agentes no estatales, en particular el sector privado: evolución reciente de las Naciones Unidas y posibles consecuencias para la labor de la Comisión	Segunda parte, XI

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/565	Nota de la Secretaría sobre la coordinación de tareas: actividades de las organizaciones internacionales en materia de garantías reales	Segunda parte, X, A
A/CN.9/566	Nota de la Secretaría: bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a la labor de la CNUDMI	Tercera parte, II
A/CN.9/WG.V/WP.70 (Parts I y II)	Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	Segunda parte, I, E
A/CN.9/WG.V/WP.71	Nota de la Secretaría sobre el régimen aplicable a las garantías reales en el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	Segunda parte, I, F
A/CN.9/WG.V/WP.72	Nota de la Secretaría sobre el Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	Segunda parte, I, G
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/XXXVII/CRP.1 y Add.1-18	Proyecto de informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 37º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/XXXVII/CRP.2	Tema 16 del programa: Otros asuntos: marco estratégico propuesto para el período 2006-2007	No reproducido
A/CN.9/XXXVII/CRP.3 y Rev.1	Proyecto de resolución sobre la aprobación del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/XXXVII/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

B. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.V/WP.66	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.V/WP.67	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 29º período de sesiones: proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.68	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 29º período de sesiones: proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	Segunda parte, I, C

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.V/XXIX/ CRP.1y Add.1 a 5	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia	No reproducido
A/CN.9/WG.V/XXIX CRP.2 a 5	Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.V/XXIX/ INF.1	Lista de participantes	No reproducido

C. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 30º período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.V/WP.69	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I and II)	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 30º período de sesiones: proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	Segunda parte I, E
A/CN.9/WG.V/WP.71	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 30º período de sesiones: proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	Segunda parte I, F
A/CN.9/WG.V/WP.72	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 30º período de sesiones: proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	Segunda parte I, G
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.V/XXX/ CRP.1 y Add.1 a 6	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 30º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.V/XXX/ CRP.2 a 5	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 30º período de sesiones	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.V/XXX/ INF.1	Lista de participantes	No reproducido

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*

D. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su cuarto período de sesiones

1. Documentos de trabajo

A/CN.9/WG.VI/WP.8	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/WP.9 y Add. 1 a 4, y Add.6 a 8	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su cuarto período de sesiones: proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	Segunda parte V, B

2. Serie de distribución reservada

A/CN.9/WG.VI/IV/ CRP.1 y Add.1 a 6	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor de su cuarto período de sesiones	No reproducido

3. Serie informativa

A/CN.9/WG.VI/IV/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

E. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su quinto período de sesiones

1. Documentos de trabajo

A/CN.9/WG.VI/WP.10	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/WP.11 y Add. 1-2	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su quinto período de sesiones: proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	Segunda parte V, E

2. Serie de distribución reservada

A/CN.9/WG.VI/V/CRP.1 y Add.1-3	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor de su quinto período de sesiones	No reproducido

3. Serie informativa

A/CN.9/WG.VI/V/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*

F. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre el derecho del transporte en su 12º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

A/CN.9/WG.III/WP.31	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.III/WP.28/ Add.1	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 12º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Recopilación de las respuestas recibidas a un cuestionario sobre el transporte de puerta a puerta y de observaciones suplementarias de los Estados y organizaciones internacionales en relación con el proyecto de instrumento	Segunda parte III, B
A/CN.9/WG.III/WP.32	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 12º período de sesiones: proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	Segunda parte III, C
A/CN.9/WG.III/WP.33	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 12º período de sesiones: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de los Países Bajos sobre la aplicación de puerta a puerta del instrumento	Segunda parte III, D
A/CN.9/WG.III/WP.34	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 12º período de sesiones: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías : propuesta de los Estados Unidos de América	Segunda parte III, E

2. Serie de distribución reservada

A/CN.9/WG.III/XII/ CRP.1 y Add.1 a 7	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte acerca de la labor de su 12º período de sesiones	No reproducido

3. Serie informativa

A/CN.9/WG.III/XII/ INF.1/Rev.2	Lista de participantes	No reproducido

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*

G. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 13º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

A/CN.9/WG.III/WP.35	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.III/WP.36	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 13 período de sesiones: proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	Segunda parte III, G
A/CN.9/WG.III/WP.37	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de China	Segunda parte III, H

2. Serie de distribución reservada

A/CN.9/WG.III/XIII/ CRP.1 y Add.1 a 11	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre el derecho del Transporte acerca de la labor de su 13º período de sesiones	No reproducido

3. Serie informativa

A/CN.9/WG.III/XIII/ INF.1/	Lista de participantes	No reproducido

H. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 42º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

A/CN.9/WG.IV/WP.102	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.IV/WP.103	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 42º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención	Segunda parte IV, B
A/CN.9/WG.IV/WP.104 Add.1 a 4	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 42º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: información de antecedentes	Segunda parte IV, C

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.IV/WP.105	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo en su 42º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: observaciones de la Cámara de Comercio Internacional	Segunda parte IV, D
A/CN.9/WG.IV/WP.106	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo en su 42º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: observaciones de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual	Segunda parte IV, E
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.VI/XLII/ CRP.1 y Add.1-7	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 42º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/XLII/ CRP.2 Add.1	Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención: propuestas de Alemania	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.VI/XLII/ INF.1	Lista de participantes	No reproducido

I. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 43º período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.IV/WP.107	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.IV/WP.108	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 43º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención	Segunda parte IV, G
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.VI/XLIII/ CRP.1 y Add.1 a 7	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 43º período de sesiones	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.VI/XLIII/ INF.1	Lista de participantes	No reproducido

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*

J. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación Comerciales Internacionales en su 39º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

A/CN.9/WG.II/WP.124	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.II/WP.125	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 39º período de sesiones: Solución de controversias comerciales: Medidas cautelares	Segunda parte II, B

2. Serie de distribución reservada

A/CN.9/WG.V/XXXIX/CRP.1 y Add.1 a 7	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 39º período de sesiones	No reproducido

3. Serie informativa

A/CN.9/WG.V/XXXVIX/INF.1/ Corr.1	Lista de participantes	No reproducido

K. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo Internacional sobre Arbitraje y Conciliación Internacionales en su 40º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

A/CN.9/WG.II/WP.126	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.II/WP.127	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 40º período de sesiones: Solución de controversias comerciales: Medidas cautelares: régimen de la responsabilidad	Segunda parte II, D
A/CN.9/WG.II/WP.128	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 40º período de sesiones: Solución de controversias comerciales: Medidas cautelares	Segunda parte II, E
A/CN.9/WG.II/WP.129	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 40º período de sesiones: Solución de controversias comerciales: Medidas cautelares: propuesta de la Cámara de Comercio Internacional	Segunda parte II, F

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.II/XXXX/ CRP.1 y Add.1 a 6	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 40º período de sesiones	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.II/XXXX/ INF.1/Corr.1	Lista de participantes	No reproducido

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

En la presente lista se especifica el año, la parte, el capítulo y la página de los volúmenes anteriores del *Anuario* en que se han reproducido documentos relacionados con la labor de la Comisión; los documentos no incluidos en la lista no fueron reproducidos en el *Anuario*. Los documentos están clasificados con arreglo a las siguientes categorías:

1. Informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones anuales

2. Resoluciones de la Asamblea General

3. Informes de la Sexta Comisión

4. Pasajes de los informes de la Junta de Comercio y Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

5. Documentos presentados a la Comisión (incluidos los informes de las reuniones de los Grupos de Trabajo)

6. Documentos presentados a los Grupos de Trabajo:

   a) Grupo de Trabajo I: Los plazos y la prescripción (1969 a 1974) proyectos de infraestructura con financiación privada (desde 2001);

   b) Grupo de Trabajo II: Compraventa internacional de mercaderías (1968 a 1977); prácticas contractuales internacionales (desde 1979); arbitraje comercial internacional (desde 2000);

   c) Grupo de Trabajo III: Reglamentación internacional del transporte marítimo (1968 a 1978);

   d) Grupo de Trabajo IV: Títulos negociables internacionales (1974 a 1987); pagos internacionales (1988 a 1992); intercambio electrónico de datos (1993 a 1996); comercio electrónico (desde 1997);

   e) Grupo de Trabajo V: Nuevo orden económico internacional; insolvencia transfronteriza (1995 a 1997); régimen de la insolvencia (desde 1999)*.

   f) Grupo de Trabajo VI: Garantías reales (desde 2002)**

7. Actas resumidas de los debates de la Comisión

8. Textos aprobados por Conferencias de Plenipotenciarios

9. Bibliografías de obras relativas a la labor realizada por la Comisión.

---

* Para el 23º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de diciembre de 2000), este Grupo de Trabajo recibió el nombre de Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales (véase A/55/17, párr. 186).

** En su 35º período de sesiones, la Comisión adoptó períodos de sesiones de una semana, convirtiendo en seis los tres Grupos deTrabajo activos.

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
1. Informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones			
A/7216 (primer período de sesiones)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, I, A	
A/7618 (segundo período de sesiones)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, II, A	
A/8017 (tercer período de sesiones)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, III, A	
A/8417 (cuarto período de sesiones)	Volumen II: 1971	Primera parte, II, A	
A/8717 (quinto período de sesiones)	Volumen III: 1972	Primera parte, II, A	
A/9017 (sexto período de sesiones)	Volumen IV: 1973	Primera parte, II, A	
A/9617 (séptimo período de sesiones)	Volumen V: 1974	Primera parte, II, A	
A/10017 (octavo período de sesiones)	Volumen VI: 1975	Primera parte, II, A	
A/31/17 (noveno período de sesiones)	Volumen VII: 1976	Primera parte, II, A	
A/32/17 (décimo período de sesiones)	Volumen VIII: 1977	Primera parte, II, A	
A/33/17 (11º período de sesiones)	Volumen IX: 1978	Primera parte, II, A	
A/34/17 (12º período de sesiones)	Volumen X: 1979	Primera parte, II, A	
A/35/17 (13º período de sesiones)	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, A	
A/36/17 (14º período de sesiones)	Volumen XII: 1981	Primera parte, A	
A/37/17 y Corr.1 (15º período de sesiones)	Volumen XIII: 1982	Primera parte, A	
A/38/17 (16º período de sesiones)	Volumen XIV: 1983	Primera parte, A	
A/39/17 (17º período de sesiones)	Volumen XV: 1984	Primera parte, A	
A/40/17 (18º período de sesiones)	Volumen XVI: 1985	Primera part3, A	
A/41/17 (19º período de sesiones)	Volumen XVII: 1986	Primera parte, A	
A/42/17 (20º período de sesiones)	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, A	
A/43/17 (21º período de sesiones)	Volumen XIX: 1988	Primera parte, A	
A/44/17 (22º período de sesiones)	Volumen XX: 1989	Primera parte, A	
A/45/17 (23º período de sesiones)	Volumen XXI: 1990	Primera parte, A	
A/46/17 (24º período de sesiones)	Volumen XXII: 1991	Primera parte, A	
A/47/17 (25º período de sesiones)	Volumen XXIII: 1992	Primera parte, A	
A/48/17 (26º período de sesiones)	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, A	
A/49/17 (27º período de sesiones)	Volumen XXV: 1994	Primera parte, A	
A/50/17 (28º período de sesiones)	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, A	
A/51/17 (29º periodo de sesiones)	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, A	
A/52/17 (30º periodo de sesiones)	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, A	
A/53/17 (31º periodo de sesiones)	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, A	
A/54/17 (32º periodo de sesiones)	Volumen XXX: 1999	Primera parte, A	
A/55/17 (33º periodo de sesiones)	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, A	
A/56/17 (34º período de sesiones)	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, A	
A/57/17 (35º período de sesiones)	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, A	
A/58/17 (36º período de sesiones)	Volumen XXXIV: 2003	Primera parte, A	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
	2. Resoluciones de la Asamblea General		
2102 (XX)	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, II, A	
2205 (XXI)	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, II, E	
2421 (XXIII)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, I, B, 3	
2502 (XXIV)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, II, B, 3	
2635 (XXV)	Volumen II: 1971	Primera parte, I, C	
2766 (XXVI)	Volumen III: 1972	Primera parte, I, C	
2928 (XXVII)	Volumen IV: 1973	Primera parte, I, C	
2929 (XXVII)	Volumen IV: 1973	Primera parte, I, C	
3104 (XXVIII)	Volumen V: 1974	Primera parte, I, C	
3108 (XXVIII)	Volumen V: 1974	Primera parte, I, C	
3316 (XXIX)	Volumen VI: 1975	Primera parte, I, C	
3317 (XXIX)	Volumen VI: 1975	Tercera parte, I, B	
3494 (XXX)	Volumen VII: 1976	Primera parte, I, C	
31/98	Volumen VIII: 1977	Primera parte, I, C	
31/99	Volumen VIII: 1977	Primera parte, I, C	
31/100	Volumen XIII: 1977	Primera parte, I, C	
32/145	Volumen IX: 1978	Primera parte, I, C	
32/438	Volumen IX: 1978	Primera parte, I, C	
33/92	Volumen X: 1979	Primera parte, I, B	
33/93	Volumen X: 1979	Primera parte, I, C	
34/143	Volumen XI: 1980	Primera parte, I, C	
34/150	Volumen XI: 1980	Tercera parte, III	
35/166	Volumen XI: 1980	Tercera parte, III	
35/51	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, D	
35/52	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, D	
36/32	Volumen XII: 1981	Primera parte, D	
36/107	Volumen XII: 1981	Tercera parte, I	
36/111	Volumen XII: 1981	Tercera parte, II	
37/103	Volumen XIII: 1982	Tercera parte, III	
37/106	Volumen XIII: 1982	Primera parte, D	
37/107	Volumen XIII: 1982	Primera parte, D	
38/128	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, III	
38/134	Volumen XIV: 1983	Primera parte, D	
38/135	Volumen XIV: 1983	Primera parte, D	
39/82	Volumen XV: 1984	Primera parte, D	
40/71	Volumen XVI: 1985	Primera parte, D	
40/72	Volumen XVI: 1985	Primera parte, D	
41/77	Volumen XVII: 1986	Primera parte, D	
42/152	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, D	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
42/153	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, E	
43/165 y anexo	Volumen XIX: 1988	Primera parte, D	
43/166	Volumen XIX: 1988	Primera parte, E	
44/33	Volumen XX: 1989	Primera parte, E	
45/42	Volumen XXI: 1990	Primera parte, D	
46/56	Volumen XXII: 1991	Primera parte, D	
47/34	Volumen XXIII: 1992	Primera parte, D	
48/32	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, D	
48/33	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, D	
48/34	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, D	
49/54	Volumen XXV: 1994	Primera parte, D	
49/55	Volumen XXV: 1994	Primera parte, D	
50/47	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, D	
50/48	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, D	
51/161	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, D	
51/162	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, D	
52/157	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, D	
52/158	Volumen XXVIIII: 1997	Primera parte, D	
53/103	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, D	
54/103	Volumen XXX: 1999	Primera parte, D	
55/151	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, D	
56/79	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, D	
56/80	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, D	
56/81	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, D	
57/17	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, D	
57/18	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, D	
57/19	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, D	
57/20	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, D	
58/75	Volumen XXXIV: 2003	Primera parte, D	
58/76	Volumen XXXIV: 2003	Primera parte, D	
	3. Informes de la Sexta Comisión		
A/5728	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, I, A	
A/6396	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, II, B	
A/6594	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, II, D	
A/7408	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, I, B, 2	
A/7747	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, II, B, 2	
A/8146	Volumen II: 1971	Primera parte, I, B	
A/8506	Volumen III: 1972	Primera parte, I, B	
A/8896	Volumen IV: 1973	Primera parte, I, B	
A/9408	Volumen V: 1974	Primera parte, I, B	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/9920	Volumen VI: 1975	Primera parte, I, B	
A/9711	Volumen VI: 1975	Tercera parte, I, A	
A/10420	Volumen VII: 1976	Primera parte, I, B	
A/31/390	Volumen VIII: 1977	Primera parte, I, B	
A/32/402	Volumen IX: 1978	Primera parte, I, B	
A/33/349	Volumen X: 1979	Primera parte, I, B	
A/34/780	Volumen XI: 1980	Primera parte, I, B	
A/35/627	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, C	
A/36/669	Volumen XII: 1981	Primera parte, C	
A/37/620	Volumen XIII: 1982	Primera parte, C	
A/38/667	Volumen XIV: 1983	Primera parte, C	
A/39/698	Volumen XV: 1984	Primera parte, C	
A/40/935	Volumen XVI: 1985	Primera parte, C	
A/41/861	Volumen XVII: 1986	Primera parte, C	
A/42/836	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, C	
A/43/820	Volumen XIX: 1988	Primera parte, C	
A/C.6/43/L.2	Volumen XIX: 1988	Tercera parte, II, A	
A/43/405 y Add. 1-3	Volumen XIX: 1988	Tercera parte, II, B	
A/44/453 y Add.1	Volumen XX: 1989	Primera parte, C	
A/44/723	Volumen XX: 1989	Primera parte, D	
A/45/736	Volumen XXI: 1990	Primera parte, C	
A/46/688	Volumen XXII: 1991	Primera parte, C	
A/47/586	Volumen XXIII: 1992	Primera parte, C	
A/48/613	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, C	
A/49/739	Volumen XXV: 1994	Primera parte, C	
A/50/640	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, C	
A/51/628	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, C	
A/52/649	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, C	
A/53/632	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, C	
A/54/611	Volumen XXX: 1999	Primera parte, C	
A/55/608	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, C	
A/56/588	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, C	
A/57/562	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, C	
A/58/513	Volumen XXXIV: 2003	Primera parte, C	

4. Pasajes de los informes de la Junta de Comercio y Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

A/7214	Volumen I: 1968-970	Segunda parte, I, B, 1
A/7616	Volumen I: 1968-970	Segunda parte, II, B, 1
A/8015/Rev.1	Volumen II: 1971	Primera parte, I, A
TD/B/C.4/86, anexo I	Volumen II: 1971	Segunda parte, IV

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/8415/Rev.1	Volumen III: 1972	Primera parte, I,	
A/8715/Rev.1	Volumen IV: 1973	Primera parte, I, A	
A/9015/Rev.1	Volumen V: 1974	Primera parte, I, A	
A/9615/Rev.1	Volumen VI: 1975	Primera parte, I, A	
A/10015/Rev.1	Volumen VII: 1976	Primera parte, I, A	
TD/B/617	Volumen VIII: 1977	Primera parte, I, A	
TD/B/664	Volumen IX: 1978	Primera parte, I, A	
A/33/15/Vol.II	Volumen X: 1979	Primera parte, I, A	
A/34/15/Vol.II	Volumen XI: 1980	Primera parte, I, A	
A/35/15/Vol.II	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, B	
A/36/15/Vol.II	Volumen XII: 1981	Primera parte, B	
TD/B/930	Volumen XIII: 1982	Primera parte, B	
TD/B/973	Volumen XIV: 1983	Primera parte, B	
TD/B/1026	Volumen XV: 1984	Primera parte, B	
TD/B/1077	Volumen XVI: 1985	Primera parte, B	
TD/B/L.810/Add.9	Volumen XVII: 1986	Primera parte, B	
A/42/15	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, B	
TD/B/1193	Volumen XIX: 1988	Primera parte, B	
TD/B/1234/Vol.II	Volumen XX: 1989	Primera parte, B	
TD/B/1277/Vol.II	Volumen XXI: 1990	Primera parte, B	
TD/B/1309/Vol.II	Volumen XXII: 1991	Primera parte, B	
TD/B/39(1)/15	Volumen XXIII: 1992	Primera parte, B	
TD/B/40(1)/14 (Vol.I)	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, B	
TD/B/41(1)/14 (Vol.I)	Volumen XXV: 1994	Primera parte, B	
TD/B/42(1)/19 (Vol.I)	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, B	
TD/B/43/12 (Vol.I)	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, B	
TD/B/44/19 (Vol.I)	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, B	
TD/B/45/13 (Vol.I)	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, B	
TD/B/46/15 (Vol.I)	Volumen XXX: 1999	Primera parte, B	
TD/B/47/11 (Vol.I)	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, B	
TD/B/48/18 (Vol.I)	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, B	
TD/B/49/15 (Vol.I)	Volumen XXXI: 2002	Primera parte, B	
TD/B/50/14 (Vol.I)	Volumen XXXIV: 2003	Primera parte, B	

5. Documentos presentados a la Comisión (incluidos los informes de las reuniones de los grupos de trabajo)

A/C.6/L.571	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, I, B
A/C.6/L.572	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, I, C
A/CN.9/15 y Add.1	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, III, B
A/CN.9/18	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, C, 1
A/CN.9/19	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, III, A, 1

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/21 y Corr.1	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, IV, A	
A/CN.9/30	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, D	
A/CN.9/31	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, A, 1	
A/CN.9/33	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, B	
A/CN.9/34	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, C, 2	
A/CN.9/35	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, II, A, 2	
A/CN.9/38	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte	
A/CN.9/L.19	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, V, A	
A/CN.9/38/Add.1	Volumen II: 1971	Segunda parte, II, 1	
A/CN.9/41	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, II, A	
A/CN.9/48	Volumen II: 1971	Segunda parte, II, 2	
A/CN.9/50 y anexos I a IV	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, C, 2	
A/CN.9/52	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, A, 2	
A/CN.9/54	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, B, 1	
A/CN.9/55	Volumen II: 1971	Segunda parte, III	
A/CN.9/60	Volumen II: 1971	Segunda parte, IV	
A/CN.9/62 y Add.1 y 2	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A,5	
A/CN.9/63 y Add.1	Volumen III: 1972	Segunda parte, IV	
A/CN.9/64	Volumen III: 1972	Segunda parte, III	
A/CN.9/67	Volumen III: 1972	Segunda parte, II, 1	
A/CN.9/70 y Add.2	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, B, 1	
A/CN.9/73	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, B, 3	
A/CN.9/74 y anexo I	Volumen IV: 1973	Segunda parte, IV, 1	
A/CN.9/75	Volumen IV: 1973	Segunda parte, I, A, 3	
A/CN.9/76 y Add.1	Volumen IV: 1973	Segunda parte, IV, 5 y 4	
A/CN.9/77	Volumen IV: 1973	Segunda parte, II, 1	
A/CN.9/78	Volumen IV: 1973	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/79	Volumen IV: 1973	Segunda parte, III, 1	
A/CN.9/82	Volumen IV: 1973	Segunda parte, V	
A/CN.9/86	Volumen V: 1974	Segunda parte, II, 1	
A/CN.9/87	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 1	
A/CN.9/87, y anexos I a IV	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 2-5	
A/CN.9/88 y Add.1	Volumen V: 1974	Segunda parte, III, 1 y 2	
A/CN.9/91	Volumen V: 1974	Segunda parte, IV	
A/CN.9/94 y Add. 1 y 2	Volumen V: 1974	Segunda parte, V	
A/CN.9/96 y Add.1	Volumen VI: 1975	Segunda parte, IV, 1 y 2	
A/CN.9/97 y Add.1 a 4	Volumen VI: 1975	Segunda parte, III	
A/CN.9/98	Volumen VI: 1975	Segunda parte, I, 6	
A/CN.9/99	Volumen VI: 1975	Segunda parte, II, 1	
A/CN.9/100 y anexos I a IV	Volumen VI: 1975	Segunda parte, I, 1-5	
A/CN.9/101 y Add.1	Volumen VI: 1975	Segunda parte, II, 3 y 4	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/102	Volumen VI: 1975	Segunda parte, II, 5	
A/CN.9/103	Volumen VI: 1975	Segunda parte, V	
A/CN.9/104	Volumen VI: 1975	Segunda parte, VI	
A/CN.9/105	Volumen VI: 1975	Segunda parte, IV, 3	
A/CN.9/105 y anexo	Volumen VI: 1975	Segunda parte, IV, 4	
A/CN.9/106	Volumen VI: 1975	Segunda parte, VIII	
A/CN.9/107	Volumen VI: 1975	Segunda parte, VII	
A/CN.9/109 y Add.1 y 2	Volumen VII: 1976	Segunda parte, IV, 1-3	
A/CN.9/110	Volumen VII: 1976	Segunda parte, IV, 4	
A/CN.9/112 y Add.1	Volumen VII: 1976	Segunda parte, III, 1-2	
A/CN.9/113	Volumen VII: 1976	Segunda parte, III, 3	
A/CN.9/114	Volumen VII: 1976	Segunda parte, III, 4	
A/CN.9/115	Volumen VII: 1976	Segunda parte, IV, 5	
A/CN.9/116 y anexos I y II	Volumen VII: 1976	Segunda parte, I, 1-3	
A/CN.9/117	Volumen VII: 1976	Segunda parte, II, 1	
A/CN.9/119	Volumen VII: 1976	Segunda parte, VI	
A/CN.9/121	Volumen VII: 1976	Segunda parte, V	
A/CN.9/125 y Add.1 a 3	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, D	
A/CN.9/126	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, E	
A/CN.9/127	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, III	
A/CN.9/128 y anexos I y II	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, A-C	
A/CN.9/129 y Add.1	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, VI, A y B	
A/CN.9/131	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/132	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/133	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, IV, A	
A/CN.9/135	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, F	
A/CN.9/137	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, V	
A/CN.9/139	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, IV, B	
A/CN.9/141	Volumen IX: 1978	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/142	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/143	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/144	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, D	
A/CN.9/145	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, E	
A/CN.9/146 y Add.1 a 4	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, F	
A/CN.9/147	Volumen IX: 1978	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/148	Volumen IX: 1978	Segunda parte, III	
A/CN.9/149 y Corr.1 y 2	Volumen IX: 1978	Segunda parte, IV, A	
A/CN.9/151	Volumen IX: 1978	Segunda parte, V	
A/CN.9/155	Volumen IX: 1978	Segunda parte, IV, B	
A/CN.9/156	Volumen IX: 1978	Segunda parte, IV, C	
A/CN.9/157	Volumen X: 1979	Segunda parte, II, A	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/159	Volumen X: 1979	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/160	Volumen X: 1979	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/161	Volumen X: 1979	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/163	Volumen X: 1979	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/164	Volumen X: 1979	Segunda parte, I, D	
A/CN.9/165	Volumen X: 1979	Segunda parte, II, C	
A/CN.9/166	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/167	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, B	
A/CN.9/168	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, C	
A/CN.9/169	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, D	
A/CN.9/170	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, E	
A/CN.9/171	Volumen X: 1979	Segunda parte, IV	
A/CN.9/172	Volumen X: 1979	Segunda parte, V	
A/CN.9/175	Volumen X: 1979	Segunda parte, VI	
A/CN.9/176	Volumen XI: 1980	Segunda parte, V, A	
A/CN.9/177	Volumen XI: 1980	Segunda parte, II	
A/CN.9/178	Volumen XI: 1980	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/179	Volumen XI: 1980	Segunda parte, IV, A	
A/CN.9/180	Volumen XI: 1980	Segunda parte, IV, B	
A/CN.9/181 y anexo	Volumen XI: 1980	Segunda parte, III, B, C	
A/CN.9/183	Volumen XI: 1980	Segunda parte, I	
A/CN.9/186	Volumen XI: 1980	Segunda parte, III, D	
A/CN.9/187 y Add.1 a 3	Volumen XI: 1980	Segunda parte, IV, C	
A/CN.9/189	Volumen XI: 1980	Segunda parte, IV, D	
A/CN.9/191	Volumen XI: 1980	Segunda parte, V, B	
A/CN.9/192 y Add.1 y 2	Volumen XI: 1980	Segunda parte, VI	
A/CN.9/193	Volumen XI: 1980	Segunda parte, V, C	
A/CN.9/194	Volumen XI: 1980	Segunda parte, V, D	
A/CN.9/196	Volumen XII: 1981	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/197	Volumen XII: 1981	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/198	Volumen XII: 1981	Segunda parte, IV, A	
A/CN.9/199	Volumen XII: 1981	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/200	Volumen XII: 1981	Segunda parte, II, C	
A/CN.9/201	Volumen XII: 1981	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/202 y Add.1 a 4	Volumen XII: 1981	Segunda parte, V, A	
A/CN.9/203	Volumen XII: 1981	Segunda parte, V, B	
A/CN.9/204	Volumen XII: 1981	Segunda parte, VIII	
A/CN.9/205/Rev.1	Volumen XII: 1981	Segunda parte, VI	
A/CN.9/206	Volumen XII: 1981	Segunda parte, VII	
A/CN.9/207	Volumen XII: 1981	Segunda parte, III	
A/CN.9/208	Volumen XII: 1981	Segunda parte, V, C	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/210	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 1	
A/CN.9/211	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 3	
A/CN.9/212	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 5	
A/CN.9/213	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 4	
A/CN.9/214	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 6	
A/CN.9/215	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, B, 1	
A/CN.9/216	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/217	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, IV, A	
A/CN.9/218	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/219 y Add.1 (F-Corr.1)	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/220	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, B, 3	
A/CN.9/221	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, C	
A/CN.9/222	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, III, C	
A/CN.9/223	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 7	
A/CN.9/224	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, V	
A/CN.9/225	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VI, B	
A/CN.9/226	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VI, A	
A/CN.9/227	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VII	
A/CN.9/228	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VIII	
A/CN.9/229	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VI, C	
A/CN.9/232	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/233	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, C	
A/CN.9/234	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, IV, A	
A/CN.9/235	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, I	
A/CN.9/236	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, V, C	
A/CN.9/237 y Add.1 a 3	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, V, B	
A/CN.9/238	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, V, D	
A/CN.9/239	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, V, A	
A/CN.9/240	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, VII	
A/CN.9/241	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, VI	
A/CN.9/242	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, II	
A/CN.9/245	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, A, 1	
A/CN.9/246 y anexo	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, B, 1 y 2	
A/CN.9/247	Volumen XV: 1984	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/248	Volumen XV: 1984	Segunda parte, I, A, 1	
A/CN.9/249 y Add.1	Volumen XV: 1984	Segunda parte, I, A, 2	
A/CN.9/250 y Add.1 a 4	Volumen XV: 1984	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/251	Volumen XV: 1984	Segunda parte, V, B	
A/CN.9/252 y anexos I y II	Volumen XV: 1984	Segunda parte, IV, A y B	
A/CN.9/253	Volumen XV: 1984	Segunda parte, V, C	
A/CN.9/254	Volumen XV: 1984	Segunda parte, V, D	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/255	Volumen XV: 1984	Segunda parte, V, A	
A/CN.9/256	Volumen XV: 1984	Segunda parte, VII	
A/CN.9/257	Volumen XV: 1984	Segunda parte, VI	
A/CN.9/259	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, A, 1	
A/CN.9/260	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, IV, A	
A/CN.9/261	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/262	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, B, 1	
A/CN.9/263 y Add.1 a 3	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/264	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/265	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, V	
A/CN.9/266 y Add.1 y 2	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/267	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, IX	
A/CN.9/268	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, C	
A/CN.9/269	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, VI	
A/CN.9/270	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, VIII	
A/CN.9/271	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, VII	
A/CN.9/273	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, A, 1	
A/CN.9/274	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, A, 2	
A/CN.9/275	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/276	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/277	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, II, C	
A/CN.9/278	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/279	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, V	
A/CN.9/280	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, IV	
A/CN.9/281	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, VI	
A/CN.9/282	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, VIII	
A/CN.9/283	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, VII	
A/CN.9/285	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, A, 4	
A/CN.9/287	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/288	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, I, 1	
A/CN.9/289	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, A, 1	
A/CN.9/290	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, A, 4	
A/CN.9/291	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/292	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, IV	
A/CN.9/293	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, VI	
A/CN.9/294	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, V	
A/CN.9/297	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, I, A, 1	
A/CN.9/298	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/299	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, X, B	
A/CN.9/300	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, X, A	
A/CN.9/301	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, I, B	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/302	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, III	
A/CN.9/303	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, IX	
A/CN.9/304	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VII, A	
A/CN.9/305	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VII, B	
A/CN.9/306	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, IV	
A/CN.9/307	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, V, A	
A/CN.9/308	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, V, B	
A/CN.9/309	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VI	
A/CN.9/310	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VII, D	
A/CN.9/311	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VIII	
A/CN.9/312	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VII, C	
A/CN.9/315	Volumen XX: 1989	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/316	Volumen XX: 1989	Segunda parte, IV, A	
A/CN.9/317	Volumen XX: 1989	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/318	Volumen XX: 1989	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/319 y Add.1 a 5	Volumen XX: 1989	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/320	Volumen XX: 1989	Segunda parte, III, B	
A/CN.9/321	Volumen XX: 1989	Segunda parte, III, C	
A/CN.9/322	Volumen XX: 1989	Segunda parte, V	
A/CN.9/323	Volumen XX: 1989	Segunda parte, VIII	
A/CN.9/324	Volumen XX: 1989	Segunda parte, VI	
A/CN.9/325	Volumen XX: 1989	Segunda parte, VII	
A/CN.9/328	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/329	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, D	
A/CN.9/330	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, IV, A	
A/CN.9/331	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, II	
A/CN.9/332 y Add.1 a 7	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, III	
A/CN.9/333	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, V	
A/CN.9/334	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, VI	
A/CN.9/335	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, IX	
A/CN.9/336	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, VII	
A/CN.9/337	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, VIII	
A/CN.9/338	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, X	
A/CN.9/341	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/342	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/343	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/344	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, E	
A/CN.9/345	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, C	
A/CN.9/346	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/347 y Add.1	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/348	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, V, B	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/349	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, VIII	
A/CN.9/350	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, IV	
A/CN.9/351	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, VII	
A/CN.9/352	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, V, A	
A/CN.9/353	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, VI	
A/CN.9/356	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/357	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/358	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, IV, A	
A/CN.9/359	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, C	
A/CN.9/360	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, V, A	
A/CN.9/361	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, IV, C	
A/CN.9/362 y Add.1 a 17	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, II, C	
A/CN.9/363	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, VIII	
A/CN.9/364	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, VI, A	
A/CN.9/367	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/368	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, VII	
A/CN.9/371	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/372	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/373	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/374 y Corr.1	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, II, C	
A/CN.9/375	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/376 y Add.1 y 2	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, D	
A/CN.9/377	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, E	
A/CN.9/378 y Add.1 a 5	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, IV, A a F	
A/CN.9/379	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, VII	
A/CN.9/380	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, V	
A/CN.9/381	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, VI	
A/CN.9/384	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, VI, A	
A/CN.9/385	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, VII	
A/CN.9/386	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, VI, B	
A/CN.9/387	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/388	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/389	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/390	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, C	
A/CN.9/391	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, II, C	
A/CN.9/392	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/393	Volumen XXIV: 1993	Tercera parte, II	
A/CN.9/394	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, E	
A/CN.9/395	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, VIII	
A/CN.9/396 y Add.1	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, IV	
A/CN.9/397	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, V, A	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/398	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, V, B	
A/CN.9/399	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, V, C	
A/CN.9/400	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, X	
A/CN.9/401	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, IX, A	
A/CN.9/401/Add.1	Volumen XXV: 1994	Segunda parte IX, B	
A/CN.9/403	Volumen XXV: 1994	Tercera parte, II	
A/CN.9/405	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/406	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/407	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, C	
A/CN.9/408	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/409 y Add.1 a 4	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, E	
A/CN.9/410	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, III	
A/CN.9/411	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, I, D	
A/CN.9/412	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, IV, C	
A/CN.9/413	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, IV, A	
A/CN.9/414	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, IV, B	
A/CN.9/415	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, VI	
A/CN.9/416	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, V	
A/CN.9/419 y Corr.1 (sólo en inglés)	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/420	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, IV	
A/CN.9/421	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/422	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, III, C	
A/CN.9/423	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/424	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, V	
A/CN.9/425	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/426	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, II, C	
A/CN.9/427	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, VII	
A/CN.9/428	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, VI	
A/CN.9/431	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, V	
A/CN.9/432	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/433	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/434	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, C	
A/CN.9/435	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/436	Volumen XXVIII 1997	Segunda parte, I, E	
A/CN.9/437	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/438 y Add.1 a 3	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, IV	
A/CN.9/439	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, VIII	
A/CN.9/440	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, VII	
A/CN.9/444 y Add.1 a 5	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, III	
A/CN.9/445	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/446	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, II, A	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/447	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/448	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, VI	
A/CN.9/449	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, V	
A/CN.9/450	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, II, D	
A/CN.9/454	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/455	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/456	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I ,E	
A/CN.9/457	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, II, D	
A/CN.9/458 y Add.1 a 9	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, III	
A/CN.9/459 y Add.1	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, IV	
A/CN.9/460	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, V	
A/CN.9/461	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, IX	
A/CN.9/462	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, VIII	
A/CN.9/462/Add.1	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, VI	
A/CN.9/465	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/466	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/467	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, III, C	
A/CN.9/468	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, IV, A	
A/CN.9/469	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, V, A	
A/CN.9/470	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, E	
A/CN.9/471 y Add.1 a 9	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I	
A/CN.9/472 y Add.1 a 4	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, F	
A/CN.9/473	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, IX	
A/CN.9/474	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, VIII	
A/CN.9/475	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, V, C	
A/CN.9/476	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, V, D	
A/CN.9/477	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, VI, A	
A/CN.9/478	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, VI, B	
A/CN.9/479	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, VI, C	
A/CN.9/483	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II,A	
A/CN.9/484	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, C	
A/CN.9/485 y Corr.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/486	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/487	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, D	
A/CN.9/488	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, V, A	
A/CN.9/489 y Add.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/490 y Add.1 a 5	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/491 y Add.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, I, D	
A/CN.9/492 y Add. 1 a 3	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, I	
A/CN.9/493	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, J	
A/CN.9/494	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, VIII	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/495	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, IV	
A/CN.9/496	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, V, B	
A/CN.9/497	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, V, C	
A/CN.9/498	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, VI	
A/CN.9/499	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, IX, B	
A/CN.9/500	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, IX, A	
A/CN.9/501	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, VII	
A/CN.9/504	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/505	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, II	
A/CN.9/506	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/507	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, D	
A/CN.9/508	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, D	
A/CN.9/509	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, IV, A	
A/CN.9/510	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, VI A	
A/CN.9/511	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, H	
A/CN.9/512	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, V, A	
A/CN.9/513 y Add.1 a 2	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, G	
A/CN.9/514	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, H	
A/CN.9/515	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, IX	
A/CN.9/516	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, VIII	
A/CN.9/518	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, J	
A/CN.9/521	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/522, y Add.1 y 2	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/523	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/524	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, III, C	
A/CN.9/525	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, A	
A/CN.9/526	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, C	
A/CN.9/527	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, A	
A/CN.9/528	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, C	
A/CN.9/529	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/531	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, VI, A	
A/CN.9/532	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, VI, C	
A/CN.9/533, y Add.1 a 7	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, I, D	
A/CN.9/534	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, G	
A/CN.9/535	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, F	
A/CN.9/536	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IX	
A/CN.9/537	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, X	
A/CN.9/539 y Add.1	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, VII, A	
A/CN.9/540	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, VII, B	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*

6. Documentos presentados a los Grupos de Trabajo

a) Grupo de Trabajo I:

i) Los plazos y la prescripción

A/CN.9/WG.1/WP.9	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, C, 1

ii) Proyectos de infraestructura con financiación privada

A/CN.9/WG.1/WP.29 y Add.1 y 2	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, I, B

b) Grupo de Trabajo II

i) Compraventa internacional de mercaderías

A/CN.9/WG.2/WP.1	Volumen I: 1968-1979	Tercera parte, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.6	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.8	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.9	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.10	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A, 3
A/CN.9/WG.2/WP.11	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A, 4
A/CN.9/WG.2/WP.15	Volumen IV: 1973	Segunda parte, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.16	Volumen IV: 1973	Segunda parte, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 3
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.20	Volumen VI: 1975	Segunda parte, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.21 y Add.1 y 2	Volumen VI: 1975	Segunda parte, I, 3
A/CN.9/WG.2/WP.26 y Add.1 y apéndice I	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.2/WP.27	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.2/WP.28	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, B

ii) Prácticas contractuales internacionales

A/CN.9/WG.II/WP.33 y Add.1	Volumen XII: 1981	Segunda parte, I, B, 1 y 2
A/CN.9/WG.II/WP.35	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.37	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.38	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.40	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.41	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, D, 2
A/CN.9/WG.II/WP.42	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, D, 3

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/WG.II/WP.44	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, A, 2, a	
A/CN.9/WG.II/WP.45	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, A, 2, b	
A/CN.9/WG.II/WP.46	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, A, 2, c	
A/CN.9/WG.II/WP.48	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, B, 3, a	
A/CN.9/WG.II/WP.49	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, B, 3, b	
A/CN.9/WG.II/WP.50	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, B, 3, c	
A/CN.9/WG.II/WP.52 y Add.1	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, IV, B, 1	
A/CN.9/WG.II/WP.53	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, IV, B, 3	
A/CN.9/WG.II/WP.55	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, III, B, 1	
A/CN.9/WG.II/WP.56	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, III, B, 2	
A/CN.9/WG.II/WP.58	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, III, B	
A/CN.9/WG.II/WP.60	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/WG.II/WP.62	Volumen XX: 1989	Segunda parte, IV, B, 1	
A/CN.9/WG.II/WP.63	Volumen XX: 1989	Segunda parte, IV, B, 2	
A/CN.9/WG.II/WP.65	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, IV, B	
A/CN.9/WG.II/WP.67	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, B, 1	
A/CN.9/WG.II/WP.68	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, B, 2	
A/CN.9/WG.II/WP.70	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, D, 1	
A/CN.9/WG.II/WP.71	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, D, 2	
A/CN.9/WG.II/WP.73 y Add.1	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, IV, B	
A/CN.9/WG.II/WP.76 y Add.1	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, II, B, 1	
A/CN.9/WG.II/WP.77	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, II, B, 2	
A/CN.9/WG.II/WP.80	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/WG.II/WP.83	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/WG.II/WP.87	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/WG.II/WP.89	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, D, 1	
A/CN.9/WG.II/WP.90	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, D, 2	
A/CN.9/WG.II/WP.91	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, D, 3	
A/CN.9/WG.II/WP.93	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/WG.II/WP.96	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, I, D	
A/CN.9/WG.II/WP.98	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/WG.II/WP.99	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/WG.II/WP.100	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, D	
A/CN.9/WG.II/WP. 102	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, F	
A/CN.9/WG.II/WP. 104	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/WG.II/WP. 105	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/WG.II/WP. 106	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I, D	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
	iii) Arbitraje comercial internacional		
A/CN.9/WG.II/WP.108 y Add.1	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, IV, B	
A/CN.9/WG.II/WP.110	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, B	
A/CN.9/WG.II/WP.111	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, C	
A/CN.9/WG.II/WP.113 y Add.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, E	
A/CN.9/WG.II/WP.115	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/WG.II/WP.116	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/WG.II/WP.118	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, E	
A/CN.9/WG.II/WP.119	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, F	
A/CN.9/WG.II/WP.121	Volumen XXXIV 2003	Segunda parte, III, B	
A/CN.9/WG.II/WP.123	Volumen XXXIV 2003	Segunda parte, III, D	
	c) Grupo de Trabajo III		
	i) Reglamentación internacional del transporte marítimo		
A/CN.9/WG.III/WP.6	Volumen IV: 1973	Segunda parte, IV, 2	
A/CN.9/WG.III/WP.7	Volumen IV: 1973	Segunda parte, IV, 3	
A/CN.9/WG.III/WP.11	Volumen V: 1974	Segunda parte, III, 3	
	ii) Derecho del transporte		
A/CN.9/WG.III/WP.21 y Add.1	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, VI, B	
A/CN.9/WG.III/WP.23	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, B	
A/CN.9/WG.III/WP.25	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, D	
A/CN.9/WG.III/WP.26	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, E	
A/CN.9/WG.III/WP.27	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, F	
A/CN.9/WG.III/WP.28	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, G	
A/CN.9/WG.III/WP.29	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, H	
A/CN.9/WG.III/WP.30	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, I	
	d) Grupo de Trabajo IV		
	i) Títulos negociables internacionales		
A/CN.9/WG.IV/WP.2	Volumen IV: 1973	Segunda parte, II, 2	
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Volumen VI: 1975	Segunda parte, II, 2	
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2 a)	
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2 b)	
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2 c)	
A/CN.9/WG.IV/WP.24 y Add.1 y 2	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2 d)-f)	
A/CN.9/WG.IV/WP.25 y Add.1	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2 g), h)	
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, B, 2	
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, A, 3	
A/CN.9/WG.IV/WP.32 y Add. 1 a 10	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, I, 2	
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, I, 3	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
	ii) Pagos internacionales		
A/CN.9/WG.IV/WP.35	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, I, A, 2	
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Volumen XX: 1989	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Volumen XX: 1989	Segunda parte, I, D	
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, E	
A/CN.9/WG.IV/WP.46 y Corr.1	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, D, 1	
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, D, 2	
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, F	
A/CN.9/WG.IV/WP.51	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, II, B	
	iii) Comercio electrónico		
A/CN.9/WG.IV/WP.53	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, V, B	
A/CN.9/WG.IV/WP.55	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, III, B	
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, B, 1	
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, B, 2	
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, D	
A/CN.9/WG.IV/WP.62	Volumen XXV: 1995	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/WG.IV/WP.64	Volumen XXV: 1995	Segunda parte, II, D, 1	
A/CN.9/WG.IV/WP.65	Volumen XXV: 1995	Segunda parte, II, D, 2	
A/CN.9/WG.IV/WP.66	Volumen XXV: 1995	Segunda parte, II, D, 3	
A/CN.9/WG.IV/WP.67	Volumen XXV: 1995	Segunda parte, II, D, 4	
A/CN.9/WG.IV/WP.69	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/WG.IV/WP.71	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/WG.IV/WP.73	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/WG.IV/WP.74	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, II, C	
A/CN.9/WG.IV/WP.76	Volumen XXX 1999	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/WG.IV/WP.77	Volumen XXX 1999	Segunda parte, II, C	
A/CN.9/WG.IV/WP.79	Volumen XXX 1999	Segunda parte, II, E	
A/CN.9/WG.IV/WP.80	Volumen XXX 1999	Segunda parte, II, F	
A/CN.9/WG.IV/WP.82	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/WG.IV/WP.84	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/WG.IV/WP.86 y Add.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte,II, B	
A/CN.9/WG.IV/WP.88	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte,II, D	
A/CN.9/WG.IV/WP.89	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte,II, E	
A/CN.9/WG.IV/WP.90	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte,II, F	
A/CN.9/WG.IV/WP.91	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte,II, G	
A/CN.9/WG.IV/WP.93	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte,II, H	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/WG.IV/WP.94	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, IV, B	
A/CN.9/WG.IV/WP.95	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, IV, C	
A/CN.9/WG.IV/WP.96	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, IV, D	
A/CN.9/WG.IV/WP.98 y Add.1 a 4	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, B	
A/CN.9/WG.IV/WP.98 y Add. 5 a 6	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, D	
A/CN.9/WG.IV/WP.100	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, E	
A/CN.9/WG.IV/WP.101	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, F	

e) Grupo de Trabajo V:

i) Nuevo orden económico internacional

A/CN.9/WG.V/WP.4 y Add.1 a 8	Volumen XII: 1981	Segunda parte, IV, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.5	Volumen XII: 1981	Segunda parte, IV, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.7 y Add.1 a 6	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.9 y Add.1 a 5	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.11 y Add.1 a 9	Volumen XV: 1984	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.13 y Add.1 a 6	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, A, 2
A/CN.9/WG.V/WP.15 y Add.1 a 10	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.17 y Add.1 a 9	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.19	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, A, 2
A/CN.9/WG.V/WP.20	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, A, 3
A/CN.9/WG.V/WP.22	Volumen XX: 1989	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.24	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.25	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, II, C
A/CN.9/WG.V/WP.27	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, II, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.28	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, II, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.30	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.31	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.33	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, D, 2
A/CN.9/WG.V/WP.34	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, D, 3
A/CN.9/WG.V/WP.36	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.38	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.40	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, D

ii) Insolvencia transfronteriza

A/CN.9/WG.V/WP.42	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.44	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, III, D
A/CN.9/WG.V/WP.46	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.48	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, D
A/CN.9/WG.V/WP.50	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, V, B

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/WG.V/WP.54 y Add.1 y 2	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, B	
A/CN.9/WG.V/WP.55	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, C	
A/CN.9/WG.V/WP.57	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, E	
A/CN.9/WG.V/WP.58	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, F	
A/CN.9/WG.V/WP.59	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, G	
A/CN.9/WG.V/WP.61 y Add.1 y 2	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, I	
A/CN.9/WG.V/WP.63 y Add. 3 a 15	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/WG.V/WP.64	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, C	
A/CN.9/WG.V/WP.63 y Add. 1 a 2 y Add.16 y 17	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, E	

f) Grupo de Trabajo VI: Garantías reales

A/CN.9/WG.VI/WP.2 y Add.1 a 12	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.3	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, V, C
A/CN.9/WG.VI/WP.4	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, V, D
A/CN.9/WG.VI/WP.6 y Add.1 a 5	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, VI, B

7. Actas resumidas de los debates en la Comisión

A/CN.9/SR.93-123	Volumen III: 1972	Suplemento
A/CN.9/SR.254-256	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, I, A
A/CN.9/SR.255-261	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, I, B, 1
A/CN.9/SR.270-278, 282 y 283	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, I, B, 2
A/CN.9/SR.286-299 y 301	Volumen XVI: 1984	Tercera parte, I
A/CN.9/SR.305-333	Volumen XVI: 1985	Tercera parte, II
A/CN.9/SR.335-353, 355 y 356	Volumen XVII: 1986	Tercera parte, II
A/CN.9/SR.378, 379, 381-385 y 388	Volumen XVIII: 1987	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.402-421, 424 y 425	Volumen XX: 1989	Tercera parte, II
A/CN.9/SR.439-462 y 465	Volumen XXII: 1991	Tercera parte, II
A/CN.9/SR.467-476, 481 y 482	Volumen XXII: 1992	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.494-513	Volumen XXIV: 1993	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.520-540	Volumen XXV: 1994	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.547-579	Volumen XXVI: 1995	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.583-606	Volumen XXVII: 1996	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.607-631	Volumen XXVIII: 1997	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.676-703	Volumen XXXI: 2000	Tercera parte, II
A/CN.9/SR.711-730	Volumen XXXII: 2001	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.739-752	Volumen XXXIII: 2002	Tercera parte, III
A/CN.9/SR. 758-774	Volumen XXXIV: 2003	Tercera parte, II

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
8. Textos aprobados por Conferencias de Plenipotenciarios			
A/CONF.63/14 y Corr.1	Volumen V: 1974	Tercera parte, I, A	
A/CONF.63/15	Volumen V: 1974	Tercera parte, I, B	
A/CONF.63/17	Volumen X: 1979	Tercera parte, I	
A/CONF.89/13, anexos I a III	Volumen IX: 1978	Tercera parte, I, A-D	
A/CONF.97/18 y anexos I y II	Volumen XI: 1980	Tercera parte, I, A-C	
A/CONF.152/13	Volumen XXIII: 1992	Tercera parte, I	
9. Bibliografías de obras relativas a la labor realizada por la Comisión			
(Sin signatura)	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte	
A/CN.9/L.20/Add.1	Volumen II: 1971	Segunda parte	
(Sin signatura)	Volumen II: 1971	Segunda parte	
(Sin signatura)	Volumen III:1972	Segunda parte	
(Sin signatura)	Volumen IV: 1973	Segunda parte	
A/CN.9/L.25	Volumen V: 1974	Tercera parte, II, A	
(Sin signatura)	Volumen V: 1974	Tercera parte, II, B	
(Sin signatura)	Volumen VI: 1975	Tercera parte, II, A	
(Sin signatura)	Volumen VII: 1976	Tercera parte, A	
(Sin signatura)	Volumen VIII: 1977	Tercera parte, A	
(Sin signatura)	Volumen IX: 1978	Tercera parte, II	
(Sin signatura)	Volumen X: 1979	Tercera parte, II	
(Sin signatura)	Volumen XI: 1980	Tercera parte, IV	
(Sin signatura)	Volumen XII: 1981	Tercera parte, III	
(Sin signatura)	Volumen XIII: 1982	Tercera parte, IV	
(Sin signatura)	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, IV	
(Sin signatura)	Volumen XV: 1984	Tercera parte, II	
A/CN.9/284	Volumen XVI: 1985	Tercera parte, III	
A/CN.9/295	Volumen XVII: 1986	Tercera parte, III	
A/CN.9/313	Volumen XVIII: 1987	Tercera parte, III	
A/CN.9/326	Volumen XIX: 1988	Tercera parte, III	
A/CN.9/339	Volumen XX: 1989	Tercera parte, III	
A/CN.9/354	Volumen XXI: 1990	Tercera parte, I	
A/CN.9/369	Volumen XXII: 1991	Tercera parte, VI	
A/CN.9/382	Volumen XXIII: 1992	Tercera parte, V	
A/CN.9/402	Volumen XXIV: 1993	Tercera parte, IV	
A/CN.9/417	Volumen XXV: 1994	Tercera parte, IV	
A/CN.9/429	Volumen XXVI: 1995	Tercera parte, IV	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/441 y Corr.1 (no 442)	Volumen XXVII: 1996	Tercera parte, IV	
A/CN.9/452	Volumen XXVIII: 1997	Tercera parte, IV	
A/CN.9/463	Volumen XXIX: 1998	Tercera parte, III	
A/CN.9/481	Volumen XXX: 1999	Tercera parte, I	
A/CN.9/502 y Corr.1	Volumen XXXI: 2000	Tercera parte, III	
A/CN.9/517	Volumen XXXII: 2001	Tercera parte, IV	
A/CN.9/538	Volumen XXXIII: 2002	Tercera parte, IV	
A/CN.9/566	Volumen XXXIII: 2003	Tercera parte, III	

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف.

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。 请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à: Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Published on CD-ROM

Printed in Austria
V.08-52077—December 2010—55

United Nations publication
Sales No. S.08.V.8
ISBN 978-92-1-333398-3
ISSN 0251-4273
A/CN.9/SER.A/2004

9 789213 333983